

الثقافة القانونية

٣

منزلة القانون

تأليف
الدكتور منذر الشاوي



بغداد

١٩٨٦

لحديثي اللامع
الاستاذ المشرف
مح ن علي التقي
١٨-١٢-٣٧
منه الشاكر
//

مزايق القانون

للمؤلف

- في التمييز بين السلطة المؤسسية والسلطات المؤسسة ،
أطروحة دكتوراه جامعة ، تولوز ، ١٩٥٦ (بالفرنسية) .
- اسهام في دراسة السلطة المؤسسة ، اطروحة دكتوراه دولة ،
١٩٦١ (بالفرنسية) .
- في الدستور ، بغداد ، ١٩٦٤ .
- في الدولة ، بغداد ، ١٩٦٥ .
- القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية ، بغداد ،
١٩٦٦ .
- القانون الدستوري .
- ★ ج ١ - نظرية الدولة
- ★ ج ٢ - نظرية الدستور
- ط ١ ، بغداد ، ١٩٦٧-١٩٧٠ ، ط ٢ ، منشورات مركز البحوث
القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ .
- معنى الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة القضاء ، بغداد ،
١٩٧٠ .
- المسألة القومية والحكم الذاتي في العراق ، مجلة قضايا عربية ،
بيروت ١٩٧٤ ، ومجلة الحقوق ، بغداد ، ١٩٧٤ .
- مذاهب القانون ، منشورات مجلة العدالة ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- القضاء العادل ، في « حديث الى القضاة » ، بغداد ، ١٩٧٩ .

منزلة القانون

تأليف
الدكتور منذر الشاوي



م. سمر حاتم شكر

بغداد

١٩٨٦

اشتريته من شارع المتنبي ببغداد
في 18 / ربيع الأول / 1444 هـ
في 14 / 10 / 2022 م هـ

سمر حاتم شكر السامرائي

تمهيد

ان من يدرس القانون يلاقي من الصعوبات ما لا يلاقيه غيره من طلاب المعرفة . فبخلاف الآخرين ، هو لم يعد ، ولو بشكل أولي ، لتفهم هذا الفرع من فروع العلوم الاجتماعية . يضاف الى هذا أن موضوع دراسته هو بحد ذاته صعب التحديد والتعريف . فهو بحاجة اذن الى « مدخل » يمهّد له السبيل الى الولوج في تفاصيل هذا العلم .

من هنا جاءت الحاجة الى « مدخل لدراسة القانون » لبيان للمبتدئ : ضرورة القانون وخصائصه ، مصادر القانون ، فروع القانون ومنطق القانون . وهذا « المدخل لدراسة القانون » سيكون ، الى حد ما ، دليله حين يدرس مختلف القواعد أو القوانين التي تنظم نشاطات الافراد الخاصة والعامة . الا أن دخوله في تفاصيل هذه القوانين أو في دراسة تفاصيل فروع القانون ، قد يفقده ، من ناحية ، الصورة الكاملة للقانون بحيث يضع فيها وبالتالي تغمض عليه أسسها العامة . وتعمقه ، من ناحية أخرى ، في دراسة الجزئيات (القانون في فروعه المختلفة) ، قد يثير في نفسه ، ويشير بالفعل ، كثيرا من التساؤلات حول أساس القانون وحول طبيعته . فالقانوني مضطر ، اذن ، بشكل أو بآخر ، الى أن يرجع الى أسس الموضوع الذي يدرسه ، منطلقا منه ومتعمقا اياه . وهذا النوع من الدراسة يسمى « فلسفة القانون » .

وعليه فان موضوع فلسفة القانون لا ينصب ، في الحقيقة ، على دراسة كل مواضيع القانون أو مسائله دراسة منهجية ، فان « المدخل لدراسة القانون » يمكن أن يعطي المامة كافية بهذه المواضيع .

وبناء عليه فان فلسفة القانون لا تجيب عن السؤال : ما القانون ، بقدر ما تجيب عن السؤال : ما هو أساس القانون وطبيعته ؟ فمحور

أو موضوع فلسفة القانون ينصب ، اذن ، على دراسة « المشاكل الكبرى للقانون » وتأملها .

الا أن البعض يعتقد ان هذا الميدان من ميادين البحث القانوني يعود الى « النظرية العامة للقانون » لا الى « فلسفة القانون » ، لان هذه الاخيرة « . . . هي الفلسفة في نطاق القانون . فهي تريد أن تفهم العالم وتسهم في معرفته بوساطة القانون ، أو انها تطبق على القانون مفهوما للعالم . فاي عرض مقنع وعلمي لفلسفة القانون لا يمكن أن يدرك الا في اطار نظام فلسفي . . . ، اذ يتطلب مفهوما للعالم . . . (بناء عليه) بالفلسفة وحدهم مختصون بفلسفة القانون باستثناء القانونيين . فلسفة القانون ليست بفرع من فروع القانون . . . ، ولا هي بعلم وسيط بين القانون والفلسفة ، وميدانها يقتصر على الفلسفة فقط » (١) .
الا ان مثل هذا الاتجاه ضعيف في الاساس الذي يقوم عليه ، وبالتالي خاطيء في النتائج التي يتوصل او يعتقد التوصل اليها .

فكلمه « فلسفة » تعني « المعرفة العقلية ، العلم بالمعنى العام للكلمة » ، كما تعني « مجموع الدراسات أو الاعتبارات التي تتميز بدرجة كبيرة من العمومية ، وتهدف الى رد نظام من المعارف أو كل المعرفة البشرية الى عدد صغير من المبادئ الرئيسة . (فيقال) فلسفة العلوم ، التاريخ ، القانون » (٢) .

فالفلسفة ، اذن ، هي دراسة متعمقة أو علم لفرع من فروع المعرفة البشرية ، ومنها القانون . وحين تنصب مثل هذه الدراسة المتعمقة على القانون فيكون من المنطقي ، بل من الطبيعي ، أن يقوم بها المشتغلون بالقانون . فهي ، اذن ، من ميدان الدراسات القانونية أولا وأخيرا . ففي دراستنا لطبيعة القانون وأساسه (وما تثيره هذه

(1) J. Haesaert, Théorie Générale du Droit, Bruxelles, 1948, pp. 27-28.

(2) Lalande, Vocabulaire Technique de La Philosophie, Paris, P. U. F. 8 ème éd. 1960. p. 774.

الامور من مشاكل) لا ننطلق ، ولا يمكن أن ننطلق ، من « نظام فلسفي » معين ، بل من استقراء الواقع القانوني . فلسفة القانون لا يمكن أن تكون ، في الحقيقة ، غير « فلسفة » علم القانون ، أي محاولة بلوغ الصورة الشاملة للقانون انطلاقا من معطيات القانون الوضعي . وخير من يقوم بهذه المهمة هم القانونيون وحدهم .

حقيقة ان القانوني حين يرجع الى أسس القانون ويحاول أن يحدد طبيعته ، لا يمكن أن يبقى بمعزل عن « التفسيرات » أو « الاختيارات » الرئيسية التي طرحت لفهم أو لادراك عالمنا . كما انه لا يمكن أن يجهل أو يتجاهل مقدار تأثير هذه التيارات أو المواقف الفلسفية في الافكار والنظريات التي طرحت في ميدان علم القانون . لكن هذا لا يعني ، ولا يمكن أن يعني ، ان القانون يخرج من ميدان القانون (أو من ميدان الدراسة القانونية) حين يؤصل ، أو يحاول أن يؤصل ، موضوع دراسته ما دام هو قد انطلق من القواعد القانونية أو من الانظمة القانونية محور مشاهداته واستقراءه . وحتى المشتغلون بالعلوم الطبيعية أو الرياضية لا يمكنهم الا أن « يتفلسفوا » بهذا المعنى ، وبالتالي لا يمكن أن يقال انهم خرجوا من نطاق علمهم وأصبح هذا الاخير من اختصاص « الفلاسفة » .

ان موقف الفلاسفة ، عبر التاريخ ، من القانون لا يمكن أن يؤدي الى انتزاع صفة العلم عن « فلسفة القانون » . فالفلاسفة الذين انطلقوا من « نظام فلسفي » معين أي من تفسير طرحوه للعالم ، حاولوا أن يدخلوا القانون في هذا « النظام » كي يكتمل « تفسيرهم » للحياة ، وحاولوا ، بناء عليه ، أن يقدموا مفاهيم وتصورات عن القانون تنسجم مع « أنظمتهم » الفكرية . وموقف كهذا لا يمكن الا أن يشوه دراسة القانون وتعمقه ، ونقول « فلسفة القانون » بالمعنى الدقيق ، لانه يعطيها طابعا ايدلوجيا معيناً ينسجم مع معتقدات وأفكار « الفيلسوف » الذي عرج على القانون . وهكذا فعل ، مثلا ، افلاطون ، أرسطو ، توما الاكويني ، كانط ، هيكل ، وحتى ماركس . الا أن هؤلاء الفلاسفة لم يهتموا بمعرفة القانون في ذاته ، في طبيعته ، في الاسس التي يقوم

عليها ، ولم يحاولوا ان يحددوا الظاهرة القانونية بقدر ما اهتموا
بالقانون او القوانين العادلة وغير العادلة ، وبتصورات عن القانون
دون ان يركزوا الجهد على دراسة حقيقته وواقعه ، فكانت بهذا المعنى
« فلسفات » عن القانون . الا أن مثل هذه الاهتمامات كانت قد سبقت
تاريخيا الاهتمام الحديث بدراسة المشاكل الكبرى للقانون ، لذلك
فقد أثرت في تحديد مدلول « فلسفة القانون » وبالتالي فقد اعتقد
ان هذه الاخيرة تدخل في اختصاص الفلاسفة لا رجال القانون .

ولهذا السبب أيضا اعتقد ان « النظرية العامة للقانون » هي
المؤهلة للدراسة أسس القانون وطبيعته بعيدا عن « الفلسفة » وأحكامها
القيمية وعن أنظمتها ومواقفها الذاتية .

وعليه ، فان معالجة فلسفة القانون ستكون انطلاقا من القانون
لا من الفلسفة ، ومن قبل المشتغلين بالقانون لا من قبل « الفلاسفة » .
فما نحتاجه في معالجة « فلسفة القانون » هو قانوني - فيلسوف ،
ان صح التعبير ، وليس فيلسوفا - قانونيا ، فالاول هو أدري وأكثر
تأهيلا لمعالجة الموضوع من الثاني الذي هو طارئ على القانون وبالتالي
على « فلسفته » .

وحين « يتفلسف » القانوني ، فمعنى هذا انه يتأمل طويلا في
القواعد المنظمة لسلوك الافراد في المجتمع . فهو يتساءل عن سبب إلزام
الافراد بهذه القواعد وما هو مصدر هذا الإلزام أو أساسه ؟ هل هذه
القواعد التي تنظم سلوك الافراد وعلاقتهم هي « قواعد قانونية » ، واذا
كان الامر كذلك فكيف نميزها عن باقي القواعد الاجتماعية ؟ ما هو
معيار القاعدة القانونية وما هي طبيعتها ؟ ما هي العوامل التي تدفع
الافراد الى اتباع القاعدة القانونية واطاعتها ؟ هل القانون هو ما يفرضه
الحكام ، أو ما يفرضه العقل ، أو انه يولد تلقائيا بسبب الحياة
الاجتماعية ؟

جملة مسائل أثارت وتشير تأملات المشتغلين بالقانون وتفكيرهم .
وللاجابة عن هذه التساؤلات بشكل منظم وعلمي ، يمكن أن

نواجه كل مشكلة على حدة ونطرح بصددنا مختلف الآراء والتفسيرات ، أي أن نحدد معطيات المشاكل ونحاول حلها الواحدة تلو الأخرى . إلا أن هذه الطريقة تعني الرجوع ، بصدد كل مشكلة ، الى مختلف الآراء والمذاهب ، الأمر الذي يتضمن التكرار ، كما أنها تفرض المام القارئ المسبق بمختلف الاتجاهات الفكرية في القانون . ولهذا فإنه من المفضل عرض المذاهب الأساسية في القانون ودراستها . أي تبيان موقف كل مذهب من هذه المذاهب إذا مشاكل القانون الكبرى . لكن قد يعاب على هذه الطريقة أنها لا تعرض جميع مواقف المذاهب القانونية من كل مشاكل القانون ، لأن محور الأهمية قد يختلف من مذهب الى آخر ، بمعنى أنها لا تواجه جميع مشاكل القانون بالأهمية نفسها وبالمنهجية ذاتها . فقد يهتم بعضها ببعض المشاكل أكثر من غيره ، وقد يسلط البعض الآخر المزيد من الضوء على مشاكل يمر عليها الآخر عابرا .

إلا أن هذا العيب ليس بعيب أساسي ، لأنه ما دمنا سنعرف محور تفكير المذهب وانطلاقته ، فإننا نستطيع أن نتبين موقفه تجاه مشاكل لم يعالجها أو لم يمر عليها إلا سريعا .

فدراسة مذاهب القانون أساسية ، إذن ، لأنها تعطي أرضية صلبة يمكن الوقوف عليها والانطلاق منها في تفهم أهم المشاكل التي تطرحها فلسفة القانون .

وقديما قالوا حيث يوجد المجتمع يوجد القانون ، ونقول حيث يوجد المجتمع توجد السلطة أيضا . فإن كان من الصعب ، ان لم يكن من المستحيل ، ادراك مجتمع بدون قانون (ينظم علائق الافراد وسلوكهم) فإنه كذلك من الصعب تصور وجود مجتمع بدون سلطة أي بدون حكام يقبضون على السلطة ويستطيعون بالتالي فرض ارادتهم على أعضاء المجتمع الآخرين أي على المحكومين . فلولا السلطة لتفكك المجتمع . فهناك ، إذن ، علاقة أكيدة وواضحة بين ثلاث معطيات :

المجتمع ، القانون والسلطة . والتعمق في كل معطية من هذه المعطيات الثلاثة يجر حتما الى مواجهة المعطيات الأخرى أو تبيان العلاقة بينها .

فالقانوني حين يتأمل في القانون ، أي حين يتساءل عن أساسه وطبيعته ، لا يمكنه أن يتجاهل المجتمع ولا السلطة التي يمارسها فيه الحكام .

وقد لوحظ قديما ان الحكام يحكمون ، أو يمارسون السلطة ، بواسطة قواعد معينة من وضعهم . فقالوا ان القانون يجد أساسه في ارادة الحكام أو انه مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الافراد والتي تفرضها السلطة في المجتمع . فالقانون سيكون ، عندئذ ، مجموعة قواعد آمرة تضعها السلطة ، أو بعبارة أدق الحكام القابضون على السلطة ، في المجتمع . وهذا هو ، في الحقيقة ، مذهب القانون الوضعي .

الا أن البعض وان أقر هذه الواقعة ، يرى ان القانون هو ليس ما يفرضه أو يضعه الحكام القابضون على السلطة ، بل هو مجموعة مبادئ تتمشى مع طبيعة الاشياء وبالتالي مع العقل ، ومن ثم تفرض على الحكام بحيث يجب أن تتمشى معها قوانينهم والا أصبح المحكومون في حل من طاعتهم للحكام . فهناك إذن قانون يعلو على الحكام وعلى قوانين الحكام ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة إلزامها . ذلك هو مذهب القانون الطبيعي .

الا أن فئة ثالثة من المفكرين ترى ان القانون هو ليس ما يفرضه أو يضعه الحكام (الدولة أو السلطان) ولا هو ما تتمشى مع الطبيعة والعقل ، بل هو وليد حياة الجماعة ، بحيث يولد تلقائيا من المجتمع وتفرضه على أعضاء الفئة الاجتماعية ضرورات العيش نفسها في المجتمع . فالقانون سيكون ذو أساس اجتماعي لا يدين بوجوده الا لحياة الجماعة وضرورتها ولا يفرضه سلطان : سواء كان سلطان الافراد أم سلطان العقل . وذلك هو مذهب القانون الاجتماعي .

وبناء عليه فان مذاهب القانون لا تعدو أن تكون ثلاثة مذاهب رئيسية وهي تمثل ، في الحقيقة ، ثلاث مراحل من مراحل التفكير الانساني في ميدان القانون . حقيقة ان هناك العديد من الاتجاهات والتيارات الفكرية في عالم القانون ، الا أنها ليست ، في الواقع ، الا رؤى جزئية لظاهرة القانون ، كما انها يمكن أن تدخل (وتدخل بالفعل) بشكل أو بآخر تحت لواء هذه المذاهب الثلاثة الرئيسية أو تتعلق بها .

وقد كان منطقيا أن ندرس مذهب القانون الوضعي قبل مذهب القانون الطبيعي ، لأن القانون كقواعد اجتماعية يفرضها الحكام ، موجودة منذ وجد الانسان . الا اننا آثرنا أن نبدأ هذه الدراسة لمذاهب القانون بمذهب القانون الطبيعي ، لأن القانون الوضعي وان كان أسبق كوجود أو كحقيقة تاريخية ، الا أن تفكير الانسان حول قانون يعلو قوانين الحكام هو الآخر قديم أيضا .

هذا وبالرغم من قدم القانون الوضعي ، فإن التفكير حوله وفلسفته أي صياغة أسسه بشكل مذهب لم يأت الا متأخرا في تاريخ الفكر القانوني أي بعد مذهب القانون الطبيعي . أما مذهب القانون الاجتماعي فهو حديث النشأة نسبيا ومدين بوجوده ، بمعنى من المعاني ، الى الفلسفة الوضعية .

وبناء عليه فإن دراستنا لمذاهب القانون ستقسم الى أبواب ثلاثة كالآتي :

الباب الاول : مذهب القانون الطبيعي

الباب الثاني : مذهب القانون الوضعي

الباب الثالث : مذهب القانون الاجتماعي



الباب الأول

مذهب القانون الطبيعي

الفصل الأول

فكرة القانون الطبيعي

ان فكرة القانون الطبيعي ، تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي ، خالدة وثابتة ، وتصح في الزمان والمكان .
ومن هذا التحديد أو التعريف الأولي ، يظهر ان ما يميز القانون الطبيعي هو الثنائية والموضوعية : فهو لا يدين بوجوده لارادة المشرع (الموضوعية) كما انه قانون مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه (الثنائية) .

واذا كان هذا هو المعنى العام لفكرة القانون الطبيعي ، فما هو الاساس الذي تقوم عليه ؟

الفرع الأول

أساس فكرة القانون الطبيعي

من الصعب أن نجد أساسا لفكرة القانون الطبيعي في الفكر الاغريقي^(١) . أما عند الفلاسفة والفقهاء الرومان ، فان « القانون الطبيعي » وان ورد ذكره ، فان هناك ترددا أكيدا حول تحديد معناه ، ومحمله .

(١) حقا ان انتيكون ، بطلة مسرحية سوفكليس الشهيرة ، قالت : « لا ، لا ، ما كان يجب ان اعتقد ان تكون لاوامرك القوة الكافية ضد قوانين الآلهات غير المكتوبة ، قوانين ثابتة ، لنضعك ، انت الفاني ، فوقها . آه ! انها ليست بنات اليوم ولا الامس ، هذه القوانين . لقد وجدت وستوجد دائما ولا احد يستطيع القول متى بدأت (في الوجود) » .

الا ان هذه القوانين الالهية الثابتة وغير المكتوبة التي جابهت بها انتيكون قوانين الملك كريون ، لا يمكن ان تكون القانون الطبيعي بالمعنى الذي حددناه .

حقيقة ان شيشرون (١٠٦-٤٣ ق م) يقول في كتابه «الجمهورية» ان « هناك قانون حقيقي ، هو العقل القويم ، مطابق للطبيعة ، موجود فينا ، ثابت ، خالد ... هو ذو أساس الهني ولا يمكن اقتراح الغاء هذا القانون ، وليس من الممكن مخالفته ولا يمكن الغاؤه كلية ... هو ليس غيره في روما أو أثينا وليس هو غيره اليوم أو غدا ، لكنه قانون واحد خالد وثابت بالنسبة لكل الشعوب ولكل الأزمان ، فهو كإله واحد وعالمى ، سيد وقائد كل الأشياء : ان الله هو صانع هذا القانون ، وهو الذي قدره وأعلنه ... » .

الا أن شيشرون لا يقصد بهذا القانون الخالد الثابت « القانون الطبيعى » بل « القانون الإلهي » الذي هو من صنع الله .

وبالرغم من كونه يتكلم تارة عن « قانون الطبيعة Jus Natura » وتارة أخرى عن « القانون الطبيعى Jus Naturale » ، فانه يؤمن في الواقع ، بوجود عدالة عليا ، أي تعلو على المؤسسات البشرية (١) .

أما عند الفقهاء الرومان ، فنرى الفقيه بول يقول : ان « مصطلح قانون يستعمل في عدة معان . ففي المعنى الاول ، عندما نقول قانون . يعني ما هو دائما جيد وعادل كما هو « القانون الطبيعى Jus Naturale » . الا أن الفقيه كايوس يقول ان « كل الشعوب التي تحكمها القوانين والاعراف تستعين بجزء من قانونها وجزء من قانون يشملهم كما يشمل كل البشر : لان القانون الذي كونه كل شعب بنفسه يصبح خاصا به ونطلق عليه القانون المدني بالضبط لانه خاص بالمدينة ، بالعكس ، فان القانون الذي أقامه العقل الطبيعى عند كل البشر هو أيضا متبع عند كل الشعوب ويدعى قانون الشعوب Jus Gentium بالضبط لان كل الشعوب تلجأ اليه » .

والمعروف ان « قانون الشعوب » يحكم العلاقات بين الأجانب ، أو بين هؤلاء والرومان ، أما « القانون المدني » فيحكم العلاقات بين

(1) CF. Roubier, Théorie Générale du Droit, 2e éd. Paris, Sirey, 1951 p. 128.

المواطنين الرومان فقط . الا أن « قانون الشعوب » أصبح مرادفا ، عند الرومان ، لـ « القانون الطبيعي » وعليه فالثنائية ، التي تميز فكرة القانون الطبيعي ، تصبح حينذاك بين القانون الوضعي المطبق على الرومان (القانون المدني) و « قانون الشعوب » الذي يستمد مضمونه من الاساس المشترك لكل التشريعات . وبمضي الزمن أصبح « قانون الشعوب » مرادفا للعقل الطبيعي^(١) .

حقيقة ان الفقهاء الرومان قد ميزوا بين « قانون الشعوب Jus Gentium » والقانون الطبيعي Jus Naturale . الا أن المعنى الذي كانوا يعطونه « للقانون الطبيعي » يختلف عن المعنى المتعارف عليه . لنسمع ما يقوله بهذا الصدد الفقيه البيا : « القانون الطبيعي هو القانون الذي تعلمه الطبيعة لكل الحيوانات . (و) هذا القانون ، في الواقع ، ليس خاصا بالجنس البشري : فهو يشمل كل الحيوانات التي تولد على الارض أو في البحر وكذلك الطيور . . . فكل الكائنات الحية . . تعرف هذا القانون (أما) قانون الشعوب فهو ذلك القانون الذي يستخدمه الجنس البشري : فمن السهل أن نرى بماذا يختلف عن القانون الطبيعي ، لان هذا الاخير يعم كل الكائنات الحية ، بينما ذلك يخص الافراد وحدهم » .

وبناء عليه يظهر من هذا القول للفييه البيا ان « القانون الطبيعي » يراد به ، في الحقيقة ، قانون الظواهر الطبيعية ، لا القانون المستمد من العقل والذي يحكم العلاقات البشرية . وهذا ما يؤكد الاستاذ السنهوري حين يقول : « أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكان الرومان يستمدون من مبادئه القانون الذي يطبق على الاجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى

(1) CF. Claude du Pasquier. Introduction à La Théorie Générale et à La philosophie du Droit, 3e éd. Neuchâtel, Delchaux et Niestlé 1948, p. 216.

المقصود • أما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له الكائنات الحية من انسان وحيوان» (١) •

ويقول الاستاذ كلود دباسكيه ان « ٠٠٠ الفقهاء (الرومان) حين يستعملون مصطلح القانون الطبيعي (Jus Naturale) فهم يعطونه معنى ضيقا جدا : فيراد به بعض الغرائز الغيرية التي منحتها الطبيعة لكل الكائنات الحية : اتحاد الجنسين ، رعاية الآباء لابنائهم (٢) •

نعم قد يقال ان الفقهاء الرومان اعتبروا الرق مخالفا لـ « القانون الطبيعي » بينما يقره « قانون الشعوب » • الا أنه بـ « القانون الطبيعي » يراد ، في هذا المقام ، الشعور بالعدالة • و « العدالة L'aequitas » تعني أصلا المساواة • فهناك اذن ربط أكيد بين العدالة و القانون الطبيعي •

ولهذا انتظرت فكرة القانون الطبيعي حتى القرن الثالث عشر لتجد أساسها الواضح عند القديس توما الاكويني ومن بعده عند كروسيوس •

أولا - أساس القانون الطبيعي عند توما الاكويني

بالنسبة للقديس توما الاكويني (٣) ، يختلف الانسان عن

(١) عبدالرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، القاهرة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٤١ ، ص ٤١ - ٤٢ •

(٢) دباسكيه ، المدخل الى النظرية العامة والى فلسفة القانون ، المرجع السابق الذكر ، ص ٢١٧ •

(٣) القديس توما الاكويني Saint Thomas D'Aquin (١٢٢٥ - ١٢٧٤) ، ولد في عائلة غنية بالقرب من مدينة نابولي في ايطاليا • دخل سلك الرهبنة حوالي السنة الرابعة او الخامسة عشرة من عمره ، على الرغم من معارضة عائلته • واصل دراسته في اللاهوت في المانيا وفرنسا بعد ان درس في جامعة نابولي • اصبح أستاذا في اللاهوت في ١٥ آب ١٢٥٧ • عاد الى ايطاليا عام ١٢٥٩ وبقي فيها تسع =

الحيوان • فبينما يملك الحيوان الغريزة يملك الانسان العقل • • لقد خلق الانسان ، يقول القديس توما ، ... ومنح العقل الذي يمكنه من أن يستخدم كل شيء بوساطة يديه •

الا أن الله هو العقل المطلق • والمطلق لا يمكن أن يدركه الانسان • واستحالة ادراك المطلق يعود سببها ، كما يقول القديس توما الاكوينى ، الى انحطاط الانسان نتيجة للخطيئة الاصلية •

لكن ليس هناك فرق أساسى بين طبيعة الانسان قبل السقطة وبعدها (ارتكابه الخطيئة الاصلية) • والله هو غاية الكون بما فيه المخلوقات العاقلة (الانسان) • الا أن المخلوقات العاقلة تستطيع وحدها أن تعرف الله وتحبه • وعليه فبالرغم من السقطة فان الانسان سيحتفظ ، بفضل طبيعته العاقلة وكون الله غايته ، بميل روحي يمكنه من توقع اتجاهات العقل المطلق أي العقل الالهى •

وبما ان العقل البشري لا يمكن أن يدرك العقل الالهى (بل يتوقع اتجاهاته) فهو ، اذن ، دون العقل الالهى مرتبة • الا أن العقل البشري هو عقل تأملى أولا وهو عقل عملي ثانيا •

فهناك ، اذن ، العقل الالهى فى القمة ومن بعده يأتي العقل التأملى وبعد ذلك العقل العملي •

= سنين قام خلالها بالتدريس • عاد الى باريس بين عامي ١٢٦٨-١٢٦٩ ، فارغم على قطع محاضراته بسبب الاضطرابات التي حدثت آنذاك في الجامعة ، فرجع ثانية ، عام ١٢٧٢ ، للتدريس في نابولي • منحت له القداسة في ١٤ تموز عام ١٣٢٣ من قبل البابا يوحنا الثاني والعشرين •

كان القديس توما الاكوينى واسع الاطلاع ، فعرف الفلسفة الاغريقية (وتاثر بارسطو خاصة) والفلسفة العربية (ابن سينا وابن رشد) ودرس الفلاسفة المدرسين وآباء الكنيسة • وتعتبر مؤلفاته (التي قاربت السبعين) من اسس علم اللاهوت في الكنيسة الكاثوليكية • له اتباع كثيرون داخل الكنيسة الكاثوليكية وخارجها ، وقد كتب الشيء الكثير عن مذهبه •

وهذا التدرج في « العقول » أو هذا البناء العقلي يكون « السلم الصوفي » عند القديس توما الاكويني .

الا أن القانون يجد أساسه في العقل . فيقول القديس توما الاكويني ان « العقل هو المبدأ الاول للافعال البشرية ، لان الانسان لايمكن أن يتصرف . ككائن ذكي ، دون سلطان العقل . بناء عليه فان مبدأ الافعال البشرية يوجد في العقل . لكن . . . القاعدة التي تحكم الافعال البشرية ليست شيئا آخر غير القانون ، فالقانون يجد أساسه ، اذن ، في العقل . وهكذا فان ميزة القانون هي أن يكون أمرا للعقل » .

وإذا كان أساس القانون هو العقل ، والعقل واحد في جوهره ، متعدد في مظاهره وتدرجه ، فسيكون لدينا أنواع من القوانين وفقا لكون هذا العقل أو ذاك سيكون أساسا لها .

وعليه فان العقل المطلق أو العقل الالهي سيكون أساس « القانون الازلي Lex Aeterna » . فالقانون الازلي ملازم ، اذن ، للعقل الالهي ، بل هو صورة هذا العقل . وبما ان العقل الالهي (الله) يحكم الكون (وهو خالقه) فان القانون الازلي يحكمه أيضا . وهذا ما يقوله القديس توما الاكويني حين يعرف القانون الازلي بأنه « . . . حكم الكون من لدن العقل الالهي » .

أما العقل التأملي ، الذي يأتي بعد العقل الالهي درجة فسيكون أساس « القانون الطبيعي Lex Naturalis » .

وبما ان العقل التأملي (وهو عقل بشري) لا يمكن أن يدرك العقل المطلق (القانون الازلي) بل يتوقع أو يتحسس اتجاهاته ، « فالقانون الطبيعي (اذن) هو اسهام المخلوقات العاقلة في القانون الازلي » . فالقانون الطبيعي هو ما يمكن أن يدركه الانسان من القانون الازلي ، لان الانسان بسبب خطيئته الاولى عاجز عن ادراك العقل المطلق (القانون الازلي) وبالتالي فان القانون الطبيعي لا يمكن أن يكون الا صورة غير كاملة للقانون الازلي .

وأخيرا فان العقل العملي سيكون أساس « القانون البشري
Lex Humana ، أو القانون الوضعي . بناء عليه فان القانون
الوضعي سيجد ، في آخر الامر ، أساسه ومصدره في القانون
الطبيعي (١) .

مما تقدم ينتج ان القديس توما الاكويني يميز بين ثلاثة أنواع
من « القوانين » متدرجة بالشكل التالي : « القانون الازلي » وهو العقل
الالهي (العقل المطلق) الذي يحكم العالم ولا يستطيع أحد أن يعرفه
بكامله . بعده يأتي « القانون الطبيعي » الذي هو ما يستطيع البشر
معرفته بواسطة العقل من القانون الازلي . أخيرا يأتي « القانون
البشري » الذي هو صنعة الانسان (القانون الوضعي) باعتباره بلورة
للنانون الطبيعي .

لكن المشكلة التي تطرح هي : ما الحكم اذا تناقض القانون

(١) في الحقيقة ، ان القديس توما الاكويني يميز بين نوعين من القانون الطبيعي :
القانون الطبيعي الاصلي والقانون الطبيعي الثانوي .

والقانون الطبيعي الاصلي هو قانون ثابت وجوهره مبدأ واحد : يجب عمل
الخير وتجنب الشر .

اما القانون الطبيعي الثانوي فيتكون من قواعد تختلف باختلاف الزمان
والمكان ، لانه ، على حد تعبير القديس توما : « ... اذا كانت العدالة يجب ان
تراعى عالميا ، فان تحديد الاشياء العادلة ... يختلف ضرورة باختلاف حالات
الانسان » . ويضيف القديس توما قوله ان « المبادئ العامة للقانون الطبيعي لا يمكن
ان تطبق وفق اسلوب واحد على الكل ، نظرا للاختلاف الكبير في الامور الانسانية .
ومن هنا يأتي اختلاف التشريعات عند مختلف الشعوب » .

ولما كان القانون البشري او القانون الوضعي هما من القانون الطبيعي لانه في
الحقيقة ، ليس الا القانون الطبيعي الثانوي . ولما كان القانون الطبيعي (الاصلي)
يتميز بمبدأ هادف واحد : عمل الخير وتجنب الشر . فعند ذاك ليس من المستغرب
ان القديس توما الاكويني يعرف القانون الوضعي بانه : « ... امر العقل المتعلق
بالخير العام ، اقيم من قبل من يحكم الجماعة ومصدق (منه) » .

لقد اعتمدنا في ذكر اقوال القديس توما الاكويني على :

A. Brimo, Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et
de L'Etat, 2e éd. Paris, Pedone, 1968, pp. 39-44.

البشري مع القانون الطبيعي أو مع القانون الازلي ، هل يجب على الافراد ، عند ذاك ، اطاعته ؟ نعم يجيب القديس توما ، في حالة تعارض القانون البشري مع القانون الطبيعي يجب اطاعة القانون البشري ، لانه من الافضل تجنب « الفضيحة والاضطراب » الذي يصطحب عدم الطاعة . لكن لا تجب اطاعة القانون البشري في حالة تناقضه مع القانون الازلي لان في ذلك تهجما مباشرا على الايمان^(١) .

ثانيا - أساس القانون الطبيعي عند كروسيوس

ان الثورة الفكرية والسياسية والاجتماعية التي صاحبت عصر النهضة والاصلاح الديني في أوروبا ، كان من شأنها تجديد الثقافة الكلاسيكية (الفلسفة الاغريقية بالذات) وهجر الفلسفة المدرسية المطبوعة بالروح اللاهوتية . فالدراسة الناقدة المبنية على العقل حلت محل علم اللاهوت الذي تعرض لأمر الانتقادات باسم حرية الضمير التي نادى بها الاصلاح الديني .

فالفرد لم يعد جزءا ضئيلا من نظام واسع ، بل أصبح يشهد بقوته وذاته ، فهو غاية في ذاته ، يحتضنه العقل الناقد والشك المتفلسف والعطش الى المعرفة .

ونمو البورجوازية التجارية (اكتشاف اميركا ، نتائج الحروب الصليبية) جعل الفرد يطالب بحماية حقوقه وحياته التي تمثلت في مطالب الطبقة البرجوازية في حماية مصالحها المتجسدة في حماية الملكية الفردية التي بدأت تنمو نموا سريعا في تلك الفترة .

اذن ، مشاكل جديدة تحتاج الى حلول جديدة في اطار جديد . وقد اعتقد ان « القانون الطبيعي » يمكن أن يقدم هذه الحلول ، الا أنه قانون طبيعي لم يعد ينظر اليه من خلال علم اللاهوت (كما في العصور الوسطى) بل من خلال العقل الناقد .

وهذه المهمة الجديدة هي التي اضطلع بها المفكر الهولندي

(١) انظر روبيه ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٣٣ .

كروسيوس^(١) حين أعطى أساسا جديدا للقانون الطبيعي مؤسسا بذلك ما اصطلح على تسميته « مدرسة قانون الطبيعة والشعوب » .

بالنسبة لكروسيوس يجد القانون الطبيعي أساسه في الطبيعة البشرية (أم القانون الطبيعي على حد تعبيره) التي تقضي بأن يعيش الانسان وفقا لغريزته الاجتماعية في مجتمع هادى ومنظم . « أم القانون الطبيعي ، يقول كروسيوس ، هي الطبيعة نفسها التي تحملنا على الرغبة في اقامة العلاقة مع أقراننا ، بالرغم من اننا لا نحتاج الى شيء » .

وبناء عليه فان الطبيعة البشرية هي مصدر القانون الطبيعي أو أساسه ، لان ما يميز الانسان هي غريزته الاجتماعية أي حاجته الى المجتمع . الا أن ما يمكن الانسان من تحسين طبيعته والمجتمع هو

(١) هيكو كروسيوس Hougо Grotius (١٥٨٣ - ١٦٤٥) ، ولد في مدينة دلفت

بهيولندة من عائلة ذات اصل فرنسي . درس في جامعة لايد (بهولندة) ثم في جامعة أورليان (بفرنسا) التي منحتة الدكتوراه في القانون . حكم عليه عام ١٦١٨ بالسجن المؤبد لانغماسه في الصراع السياسي - الديني الذي كان دائرا حينذاك في بلاده . استطاع عام ١٦٢١ ان يهرب من السجن بمساعدة زوجته وخادمته ويلجأ الى فرنسا حيث عاش فيها قرابة ربع قرن .

عين عام ١٦٣٤ سفيرا للسويد في باريس وبقي في منصبه حوالي عشر سنوات . طلب استدعاؤه بسبب تصرف الملكة السويد كريستين لم يرضه فعاد الى استكهولم حيث لم يعجبه الوضع هناك ، فابحر الى المانيا ومات في يوم ٢٨ آب ١٦٤٥ في مستشفى مدينة روستوك على أثر غرق الباخرة التي اقلته .

كان كروسيوس ذا قدره هائلة على العمل المثابر . تأثر بارسطو والفقهاء الرومان والقديس توما الاكويني وغيره من علماء اللاهوت الكاثوليك . لمع فني ميدان السياسة والقانون والفلسفة الى درجة ان لقب ، في حياته ، « رائدة هولندة » .

اهتم بالقانون الدولي ومنه عرج على فلسفة القانون . كتب عام ١٦٠٤ (بناء على طلب شركة الهند الشرقية الهولندية) كتابا عن « قانون الغنائم » الذي بقي غير معروف حتى عام ١٨٦٤ ، وفيه نجد بوادر افكاره عن القانون الطبيعي .

وجدت آراؤه اكتمالها واخذت فلسفته القانونية اطارها النهائي في مؤلفه الاساسي « في قانون الحرب والسلم » الذي كتبه أثناء لجوئه الى فرنسا ونشره عام ١٦٢٥ مهدى الى الملك لويس الثالث عشر .

العقل . ولهذا فان كل ما يخالف العقل يخالف ، في الوقت نفسه ، القانون الطبيعي وكل ما يتمشى مع العقل يتمشى مع القانون الطبيعي . فالقانون الطبيعي ، اذن ، هو القاعدة التي يملئها علينا العقل القويم الذي وفقا له نقيّم الافعال وفقا لتمشيها مع « الطبيعة الاجتماعية العاقلة » .

وبناء عليه فان كروسيوس قد جعل من غريزة الاجتماع « مبدأ عقليا » يجد فيه القانون الطبيعي أساسه . فالقانون الطبيعي هو ما يجعل الحياة ممكنة في المجتمع ، لانه هو العقل والعقل يجعل الحياة ممكنة . وبتعبير آخر فان القانون الطبيعي هو ما يظهره العقل القويم من قواعد تتمشى مع الطبيعة الاجتماعية للانسان . ومن هذا الاساس العقلي للقانون الطبيعي ينتج ان مبادئه واحدة وعالمية .

والقانون الطبيعي عند كروسيوس ، كما عند القديس توما الاكوييني ، يعلو على القانون الوضعي بل ان هذا الاخير يستمد صحته من الاول . الا أن كروسيوس يميز بوضوح بين القانون الطبيعي والقانون . فبينما يستمد القانون الوضعي وجوده من سلطان الحكام (فهو ليس الا أمرا يصحبه جزاء) . نرى ان القانون الطبيعي يستمد وجوده من سلطان العقل .

ولما كان أساس القانون الطبيعي هو العقل المحض ، فان ذلك سيترك أثره على الطريقة التي تعرف بها قواعد هذا القانون . فبالنسبة لكروسيوس توجد طريقتان لمعرفة قواعد القانون الطبيعي . الطريقة الاولى هي الطريقة الاستنباطية (أو طريقة الحكم المسبق A Priori) التي تقوم على التدليل العقلي الذي يستنبط من الطبيعة البشرية قواعد القانون الطبيعي . أما الطريقة الثانية فهي الطريقة الاستقرائية (أو طريقة الحكم اللاحق A Posteriori) التي تستقرىء من تطبيقات الشعوب القواعد التي يمكن اعتبارها طبيعية لانها تعبر عن مبدأ الغريزة الاجتماعية بأعلى صورة . ويفضل كروسيوس الطريقة الاولى ، لان القانون الطبيعي يملك قيمة بذاته .

واذا كانت قواعد القانون الطبيعي هي في عقلانيتها وغايتها الاجتماعية ، فان كروسيوس يجد هذه القواعد « المعقولة » في احترام الملكية الفردية وفي الالتزام بالعقود وفي تعويض الضرر المسبب للغير . ولا ريب ان « عقلية » كروسيوس الهولندية والتجارية هي التي أملت مثل هذه المبادئ « العقلية » (١) .

ينتج مما تقدم ان مفهوم كروسيوس للقانون الطبيعي يختلف عن مفهوم القديس توما الاكويني . فبالرغم من ان كليهما ينطلق من العقل (نتيجة لتأثرهما بآرسطو) الا أنه عقل في خدمة الايمان الديني عند القديس توما ، بينما هو عقل في خدمة الانسان وغريزته الاجتماعية عند كروسيوس . هذا يعني ان كروسيوس قد قطع الصلة بين

(١) ومفهوم كروسيوس للقانون الطبيعي نشره وروجه العديد من تلامذته في القرنين السابع عشر والثامن عشر .

ومن اهم تلامذته الالماني صامويل بفاندورف (١٦٣٢ ، ١٦٩٤) الذي قيل عن كتابه « في قانون الطبيعة والشعوب » ، الصادر عام ١٦٧٢ ، بأنه تضمن كل افكار او مفاهيم مدرسة قانون الطبيعة والشعوب . وفي هذا الكتاب يميز بفاندورف كاستاذ كروسيوس في الواقع ، بين القانون واللاهوت ، وبين القانون الوضعي والقانون الطبيعي وان هذا الاخير يوجد قبل الدولة ويعلو عليها بحيث انه نموذج للتشريعات الوضعية التي لا يمكن ان تحيد عنه . كما تضمن مؤلفه ايضا كل الافكار التي هي منطقيا تنحدر عن مدرسة كروسيوس ، ككون الانسان يملك حقوقاً خاصة به لانه انسان ، اي انه يمتلكها في حالة الطبيعة وقبل دخوله المجتمع فهي حقوق طبيعية .

ويمكن ان نذكر ايضا من انصار القانون الطبيعي الالماني ولف (١٦٧٩-١٧٥٤) الذي يعتبر كتابه « القانون الطبيعي معانجا وفقا للطريقة العلمية » الصادر عام ١٧٤٠ والذي يقع في ثمانية اجزاء من اكمل ما كتب عن الموضوع . والصفة الغالبة على كتابات تلامذة كروسيوس هي مبالغتهم في التمسك بالطريقة الاستنباطية والمنطق المجرد البعيد عن ملاحظة الوقائع والتجربة .

القانون الطبيعي واللاهوت ، بين القانون الطبيعي والاخلاق أو الفلسفة الاخلاقية الكاثوليكية (١) .

حقيقة ان كروسيوس يقول ان القانون الطبيعي يفرضه العقل القويم بحيث نحكم على الافعال البشرية بقدر تمشيها مع « الطبيعة العاقلة » وان الله هو الذي خلق هذه الطبيعة ، فهو الذي يجيز ، بالتالي ، هذا العمل أو يحرم ذاك .

الا أن كروسيوس ، في الواقع ، لا يعتبر القانون الطبيعي ذا مصدر الهي . فالقانون الطبيعي ، بالنسبة له ، ليس كذلك لان الله ارادة ، بل لانه بالذات القانون الطبيعي (٢) .

الفرع الثاني

نتائج فكرة القانون الطبيعي

يترتب على فكرة القانون الطبيعي ، نتائج عدة تتعلق بأساس القانون وطبيعته .

فالقانون الطبيعي بالنسبة للقديس توما الاكويني هو مقدار ما يدركه العقل البشري من العقل الالهي الذي هو أساس القانون الازلي .

(١) وهذا الاتجاه في أدراك القانون الطبيعي ، أي جعل العقل الأساس الوحيد له نجده عند المعتزلة قبل كروسيوس بوقت طويل . فعندهم ان الحسن والقبح (المأمور به والمنهي عنه أي القانون) يدركهما العقل . فالعقل عند المعتزلة هو الحاكم بالحسن والقبح ، فهو مصدر القانون لا الشرع (المشرع) . وعليه فإن دور المشرع (أي الشرع على حد تعبيرهم) يقتصر على كشف أو اقرار ما ادركه العقل من قواعد . فالمعتزلة تقول ، إذن ، بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي . (انظر السنهوري وابو سنتيت ، اصول القانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ٤٣ في الهامش) .

(٢) لقد اعتمدنا في ذكر اقوال كروسيوس ، على : بريمو ، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، المرجع السالف الذكر ، ص ٨٥ - ٨٦ .

الا أن هذا الاساس العقلي للقانون الطبيعي أصبح عند كروسيوس ومدرسة قانون الطبيعة والشعوب عقليا محضاً حين قطعوا الصلة بين القانون الطبيعي واللاهوت . فالقانون الطبيعي هو ما يمليه العقل المجرد .

وهذه النزعة العقلية وجدت أقصى نتائجها المنطقية عند مفكري القرن الثامن عشر وفلاسفته . فقد أصبح « قانون الطبيعة » هو « قانون العقل » عند كانط مثلاً .

والقانون الطبيعي كان ، في الحقيقة ، حتى مجيء مفكري مدرسة قانون الطبيعة والشعوب ذا محتوى أخلاقي نظراً لاسسه الدينية التي أقامه عليها علماء اللاهوت المسيحيين . بالعكس فإننا نجد القانون الطبيعي عند مدرسة كروسيوس ذا طبيعة قانونية محضة ، نظراً للفصل الذي أقامته ، هذه المدرسة ، بين القانون والأخلاق . وليس من باب المصادفة أن يكون توماسيوس (١٦٥٥-١٧٢٨) هو أحد تلامذة كروسيوس ومن أنصار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب ، أول من أقام التمييز بين القانون والأخلاق ، أي بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية . فقد قال إن الأخلاق تمس ضمير الفرد وبالتالي تحقق الطمأنينة أو السلم الداخلي ، بينما تهتم القاعدة القانونية بعلاقة الفرد مع الآخرين أي بنشاط الفرد الخارجي بغية تحقيق السلم في العلاقات الخارجية للفرد .

فالقانون الطبيعي أصبح مجموعة قواعد قانونية يجدها العقل أو تتمشى مع « طبيعة الأشياء » . وإذا كان الأمر كذلك ، فإن قواعد القانون الطبيعي سيكون لها وجود موضوعي ، لأنها توجد بحكم العقل وبحكم طبيعة الأشياء وبالتالي فهي غير مدبنة بوجودها لإرادة المشرع . وعلى المشرع أن يحقق فيما يضعه من قواعد سلوك ملزمة (القانون الوضعي) قواعد القانون الطبيعي أو مبادئه . فقواعد القانون الطبيعي هي التي تحل محل قواعد الوضعية اللاعقلية أو غير الكافية أو التي يفتقد وجودها في قطاع معين كالعلاقات بين الدول . ولهذا السبب

اعتبر كروسيوس مؤسسا للقانون الدولي العام الذي أراد اقامته على حكم العقل أي على قواعد القانون الطبيعي .

وعليه فان دور المشرع سيكون في اقرار قواعد القانون الطبيعي في قوانينه الوضعية . فدوره اذن ليس بخلاق بل هو مقيد في عمله بقواعد تعلو عليه وهي قواعد القانون الطبيعي . وهذه القواعد هي ذات طبيعة واحدة وعالمية المحمل ، لانها وليدة العقل أو « طبيعة الاشياء » . واذا صادف ان اختلفت القوانين الوضعية في الزمان والمكان ، فهذا يعني ان المشرعين في المجتمعات المتباينة لم يصلوا بعد الى درجة واحدة من الوعي لقواعد القانون الطبيعي ، ليس الا .

واذا حدث تعارض بين قواعد القانون الوضعي وقواعد القانون الطبيعي ، فالنتيجة المنطقية لكل ما تقدم هو عدم التسليم بصحة القانون الوضعي المخالف للقانون الطبيعي الذي فيه يجد ، في الحقيقة ، أساس صحته ومنه ينحدر . وهذه النتيجة ليست وليدة أفكار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب ، بل نجدها أيضا عند القديس توما الاكويني .^١ أن الآثار العملية التي تترتب عليها قد اختلفت عبر القرون . فبينما يرى القديس توما الاكويني ان القانون الوضعي الذي يخالف القانون الطبيعي تجب طاعته ، خشية الفوضى والاضطراب الذي قد يصيب المجتمع من جراء العصيان ، نجد ان مفكري الثورة الفرنسية يعلنون ، استنادا الى ذلك ، حق مقاومة الطغيان الذي اعتبروه « حقا طبيعيا » وفقا للمادة الثانية من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في ٢٦ آب ١٧٨٩ . أما المادة الخامسة والثلاثون من اعلانات حقوق الانسان والمواطن التي تصدرت دستور ٢٤ حزيران ١٧٩٣ الفرنسي ، فقد قالت : « حين تخرق الحكومة حقوق الشعب فان الثورة بالنسبة للشعب وبالنسبة لكل جزء من الشعب هي من أقدس الحقوق ومن أكثر الواجبات لزوما » .

وبديهي ان تباين هذه الاحكام التي انطلقت من « المنطق » نفسه تفسرها الظروف التاريخية التي أملت في الواقع .
فالقديس توما الاكويني حين لا يجيز العصيان والتمرد على

السلطة التي تضع قوانين جائرة (أي مخالفة للقانون الطبيعي) ، فان هذا التفكير الطبيعي من ابن المجتمع الاقطاعي الذي يحتضن الفرد ويجعله جزءاً من كل . أما مفكرو الثورة الفرنسية ، فان اعلانهم حق مقاومة الطغيان تفسره رغبتهم في الاطاحة بقوانين كانت بالامس جائرة لطبقتهم ، فوجدوا في القانون الطبيعي خير عون لهم في هذا السبيل .

واذا كان القانون الطبيعي وليد الطبيعة والعقل فهو يسبق في وجوده وجود المجتمع . الا ان كل قانون يقيم حقوقاً « وواجبات » ، فالقانون الطبيعي سيقوم حقوقاً « طبيعية » للانسان تسبق في وجودها وجود المجتمع . وهذه الحقوق « الطبيعية » كان يملكها الانسان حين كان يعيش في حالة الطبيعة فهي ملازمة اذن لشخصه أي يملكها لانه انسان . ولما كانت القوانين الوضعية تخضع ، في الحقيقة ، للقانون الطبيعي ، فعليها اذن أن تضمن هذه « الحقوق الطبيعية » للانسان .

الا أن هذه « الفلسفة » الفردية أو الليبرالية تجد أساسها أيضاً في الفكر المسيحي في القرون الوسطى حين نودي بأن الانسان هو صورة الله وله روح خالدة وعلى المجتمع أن يضمن له سلامة روحه وبالتالي يكون في خدمته ، ومن هنا أولوية الفرد على المجتمع . لكن الظروف التاريخية في العصور الوسطى لم تساعد على تفتح مثل هذه الفلسفة الليبرالية بحجة محاربة الكنيسة للكفر والزندقة ، فلم يظهر هذا الجانب الليبرالي من الفكر المسيحي الا في عصر الاصلاح الديني .

وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر نمت الطبقة البرجوازية في أوروبا وأصبحت هي المسيطرة على وسائل الانتاج . الا أن وضعها الاقتصادي الممتاز لم يتناسب في ذلك الوقت (في ظل الحكم الملكي المستبد) مع وضعها الاجتماعي وبالتالي مع ضرورة حفظ سلامة أفرادها وممتلكاتهم ، فكانت نظرية القانون الطبيعي خير عون لها في ضمان هذه الحقوق الفردية « الطبيعية » .

ولما كانت الثورة الفرنسية هي ثورة الطبقة البرجوازية ، فلا عجب ان اعلانات حقوق الانسان والمواطن الصادرة عام ١٧٨٩ تعلن في مادتها الثانية ان « هدف كل جماعة سياسية هو حفظ حقوق الانسان

الطبيعية والتي لا تسقط » . ولا عجب أيضا اذا حددت الفقرة الثانية من المادة نفسها هذه « الحقوق الطبيعية » بأنها : « الحرية ، الملكية ، السلامة الشخصية ومقاومة الطغيان » . وكذلك فقد أكدت المادة الاولى من اعلان حقوق الانسان والمواطن الذي تصدر دستور ١٧٩٣ بأن « هدف المجتمع هو سعادة الكل والحكومة تقام لاجل أن تضمن للانسان التمتع بحقوقه الطبيعية والتي لا تسقط » .

وتحدد المادة الثانية من الاعلان نفسه هذه الحقوق فتقول بأنها « . . . المساواة ، الحرية ، السلامة الشخصية والملكية » .

وبناء عليه ، فان هذه الحقوق ليست بطبيعية بالشكل الذي صور أي انها وليدة « العقل المجرد » بل وليدة ظروف ومصالح طبقية معينة استخدمت العقل لتبريرها وتأكيد لها . كما استخدمت الفلسفة المدرسية العقل لتبرير الايمان الديني وتأكيد له .

الفصل الثاني

حقيقة القانون الطبيعي

يتعرض مذهب القانون الطبيعي لعدد من التناقضات المنطقية التي لا يمكن تجاوزها الا على حساب منطلقات أو مسلمات هذا المذهب . واذا كان مذهب القانون الطبيعي لا يمكن الدفاع عنه منطقيا ، فإنا ترى لم هذا الرصيد الذي تمتع به هذا المذهب عبر العصور العديدة ؟ هذا يعني اننا يجب أن نتساءل عن سبب وجود « ظاهرة » القانون الطبيعي .

وبناء عليه فاننا سنبحث في هذا الفصل تناقضات فكرة القانون الطبيعي أولا وتفسير ظاهرة القانون الطبيعي ثانيا .

الفرع الاول

تناقضات فكرة القانون الطبيعي

يتعرض مذهب القانون الطبيعي الذي استقر عبر القرون الى عدد من التناقضات دفعت بعض المفكرين القانونيين ، في القرن العشرين ، الى تجاوزها وذلك بمحاولة تجديد فكرة القانون الطبيعي . الا أن محاولة بعث القانون الطبيعي بمفهومه الجديد لا تخلو هي الاخرى من العيوب لذلك فاننا سنعرض أولا تناقضات المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي ، ثم نبين بعد ذلك عيوب المفهوم الحديث للقانون الطبيعي .

أولا - المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي .

١ . يقول دعاة المفهوم التقليدي ان قواعد القانون الطبيعي هي قوانين طبيعية لكنها تحكم تصرفات الافراد في المجتمع أي انها **قواعد قانونية** . لكن أليس في هذا القول خلط بين ما هو كائن وبين ما يجب أن يكون ؟ فالطبيعة (وبالتالي قوانينها) هي مجموعة ظواهر أو وقائع مرتبطة فيما بينها برابطة السبب والنتيجة أي يحكمها قانون السببية . أما القواعد القانونية فتتضمن ما يجب أن يكون عليه التصرف البشري أو سلوك الافراد في المجتمع ، فهي قواعد **وضعية** ، أي وضعتها ارادة بشرية أرادت أن تحدد السلوك البشري باتجاه معين (تجيز أو تمنع في ظرف معين تصرفا معينا) .

وبناء عليه فالقوانين الطبيعية التي هي جزء من الطبيعة أو حصيلة هذه الطبيعة لا يمكن أن تتضمن ما يجب أن يكون (بل فقط ما هو كائن) ، لانها لا تصدر عن ارادة بشرية أي هي ليست بقواعد أو سنن وضعية . فاذا أريد اذن أن تحكم القواعد الطبيعية سلوك الافراد في المجتمع ، فيجب أن تصدر عن ارادة **خلاقة** . وهذه الارادة الخلاقة لا يمكن الا أن تكون ارادة الله خالق الطبيعة . لكن اذا كان الامر

كذلك فمعنى هذا ان قواعد القانون الطبيعي ستقام على أسس لا عقلية وميتافيزكية وهذا ما يخالف منطلقات مذهب القانون الطبيعي^(١) . وعليه فلأجل تجاوز هذا التناقض الذي وقع فيه مذهب القانون الطبيعي ، يجب أن نسلم بأن القواعد التي تحكم تصرف البشر أي قواعد القانون الطبيعي قد وضعتها ارادة عليا أي ناجمة عن ارادة الله .

وفي هذا أيضا مخالفة لمنطلقات مذهب القانون الطبيعي التي تقضي بأن قواعد القانون الطبيعي هي ذات وجود موضوعي وبالتالي ستكون هذه القواعد قواعد مفترضة ، افترضها من يسلم بوجودها . وعليه فان قواعد القانون الطبيعي ستكون قواعد ذاتية وبالتالي نسبية ومن ثم فهي ليست بموضوعية ولا مطلقة كما يدعى أنصار مذهب القانون الطبيعي .

٢ . والصفة الدينية للقانون الطبيعي تفرضها ، في الحقيقة منطلقات المذهب . فما دامت القواعد التي تحكم سلوك الافراد تستنبط من الطبيعة أو تفرضها « طبيعة الاشياء » ، فمعنى هذا ان الطبيعة ستكون المشرع الاعلى . واذا كان الامر كذلك ، فهذا يعني ان الطبيعة لها ارادة وادراك ، بل لها هدف وغاية . وهذا لا يمكن أن يتحقق الا اذا افترضنا انها من خلق ارادة عليا : ارادة الله .

فالقانون الطبيعي ، أو قانون الطبيعة ، لن يكون ، عند ذاك ، الا القانون الالهي ، القانون الذي أراده الله خالق الكون والطبيعة .

وبناء عليه فان مذهب القانون الطبيعي لكي يكون منطقيا مع نفسه ، لا يمكن الا أن يكون ذا صفة دينية وبهذا فان القديس توما هو أكثر منطقية في هذا من مدرسة قانون الطبيعة والشعوب .

(١) في الحقيقة ان هذه النتيجة « المنطقية » تتمشى مع الاساس الذي قدمه القديس توما الاكرويني لفكرة القانون الطبيعي ، الا انها لا تتمشى مع الاساس الذي قدمه كروسبوس ومدرسته لفكرة القانون الطبيعي .

والصفة الدينية للقانون الطبيعي (باعتبار ان القانون الطبيعي هو القانون الالهي الخالد) تستطيع وحدها أن تبرر كيف ان الانسان يملك حقوقا « طبيعية » و « مقدسة » . فالله وحده يستطيع أن يمنح الانسان مثل هذه الحقوق ويعطيها صفة القدسية وليس لان الانسان جاء بها من « حالة الطبيعة » . نعم هو يملكها من الطبيعة ، لكن الطبيعة التي خلقها الله وليس الطبيعة كفرضية « منطقية » وجدت قبل وجود المجتمع .

فكل قانون طبيعي اذن هو قانون الهي وان حاول بعض أنصاره اعطاءه صبغة عقلية أو أن يبنوه على أساس العقل ، الا أنها محاولة علمية زائفة في الحقيقة . وهذا ما يؤكد الاستاذ كلسن حين يقول : « كل مذهب للقانون الطبيعي هو ذو صفة دينية الى حد ما ، لكن معظم أنصاره ، وبالاخص أكبرهم ، يهدفون الى التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الالهي والى اقامة أساس نظريتهم على الطبيعة كما يفسرها العقل البشري . فهم يريدون استنباط القانون الطبيعي من العقل البشري (الا أنهم) بهذا يعطون نظريتهم صفة عقلية زائفة » (١) .

٣ . ان ما يميز فكرة القانون الطبيعي ، كما رأينا ، هو الموضوعية والثنائية . ولنسلم جدلا بموضوعية القانون الطبيعي . الا أن الثنائية تعني وجود نوعين من الانظمة القانونية المتدرجة : القانون الطبيعي والقانون الوضعي .

والقانون الطبيعي بالنسبة لدعائه هو مثال القانون الاكمل ، في حين يكون القانون الوضعي قانونا غير كامل .

واذا كان الامر كذلك فهذا يعني انتفاء ضرورة القانون الوضعي أو انتفاء سبب وجوده . فما الفائدة من وجود قانون ناقص ومتغير بجانب قانون كامل وثابت وهو القانون الطبيعي ؟

الا أن القانون الوضعي موجود حقيقة وفعلا . ووجوده يعني

(1) H. Kelsen. Théorie Pure du Droit, Neuchâtel. 1953, p. 87.

وجود جهاز ردع يصاحبه بغية السهر على تطبيقه . وما دام الامر كذلك فهذا يعني منطقيا وواقعا ان الانسان الذي يوجه له الردع هو ذو طبيعة فاسدة أو منحرفة ، أو هي ليست الكمال المطلق . لكن لما كان القانون الطبيعي يستنبط ، حسبما يدعي أنصاره ، من طبيعة الانسان ، فمعنى هذا ان القانون الطبيعي لن يكون الكمال بعينه ، لان طبيعة الانسان غير كاملة . وعندها نكون أمام التناقض التالي : ان القانون الطبيعي يستنبط من طبيعة الانسان ، لكن طبيعة الانسان غير كاملة ، ومع هذا فان القانون الطبيعي قانون كامل !

ولاجل تجاوز هذا التناقض ، يفترض (بل يجب أن يفترض) أنصار مذهب القانون الطبيعي ان طبيعة الانسان مكتملة لكي يستنبط منها قانون مكتمل : القانون الطبيعي . فهم يستنبطون القانون الطبيعي لا من الطبيعة الحقيقية للانسان بل مما يجب أن تكون عليه هذه الطبيعة ، اذن من طبيعة مفترضة ، يرتبون عليها قانونا مفترضا ألا وهو القانون الطبيعي .

لكن لنفرض ان القانون الطبيعي هو قانون كامل حقيقة وفم والقانون الوضعي هو قانون غير كامل ويخضع له . فالنتيجة المنطقية التي تترتب على هذا هو ان القانون الوضعي سيستمد صحته وقوته الملزمة من القانون الذي يعلو عليه وهو القانون الطبيعي . وعليه فان أي تعارض بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي يجب أن يؤدي الى الغاء القاعدة القانونية الوضعية التي تتعارض مع قواعد القانون الطبيعي . لكن أنصار القانون الطبيعي لم يسلموا بهذه النتيجة المنطقية ، بل حاولوا التخلص من هذا المأزق بشتى الطرق .

فقد قال البعض منهم باستحالة مثل هذا التعارض . وقد سلم البعض الآخر بإمكان حدوث مثل هذا التعارض بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي ، الا أنه تعارض استثنائي جدا ونادر الحدوث بحيث لا يؤثر في صحة القانون الوضعي ، ثم أريد تغليب القانون الوضعي على القانون الطبيعي فقالوا ان التعارض بينهما معناه وجود تعارض في الافكار حول مضمون القانون الطبيعي بصدد حالة خاصة . ولما كان الحكم (القابضون على السلطة) هم الذين يضعون أو يطبقون قواعد القانون الوضعي ، فالامر منوط بهم لحل مثل هذا النزاع ولا يعود

للافراد الذين يدعون عدم مطابقة قاعدة من قواعد القانون الوضعي
للقانون الطبيعي (١) .

ثانيا - المفهوم الحديث للقانون الطبيعي

وأمام هذه التناقضات التي وقع فيها مذهب القانون الطبيعي
بمفهومه التقليدي ، حاول بعض الفقهاء في القرن العشرين تجاوز هذه
التناقضات . وخيل لهم ان ذلك غير ممكن الا باعادة النظر في المفهوم
التقليدي للقانون الطبيعي ، فكانت « حركة احياء أو بعث القانون
الطبيعي » التي يمكن اعتبارها مفهوما حديثا للقانون الطبيعي .

١ . وفي المحاولة الاولى للتخلص من التناقضات التي وقع فيها
الفكر التقليدي للقانون الطبيعي ، يؤكد على القانون الوضعي باعتباره
المنطلق والاساس للقانون الطبيعي . فالقانون الطبيعي سيكون جزءا
أساسيا من القانون الوضعي ، لا لان المشرع الوضعي مرغم على ترجمته
في قواعده وبالتالي مقيد به ، بل لانه الجزء من القانون الوضعي الذي
يتمشى مع العقل وطبيعة الاشياء . وعليه فان ما نسميه بالقانون
الطبيعي هو ذلك الجزء من القانون الوضعي الذي يظهر متمشيا مع
طبيعة الاشياء ومع العقل ، وبالتالي فهو أحد العناصر الاساسية
للقانون الوضعي (٢) .

وعليه فان اشتقاق القانون الطبيعي سيكون من القانون الوضعي
أي من مجموعة القواعد التي تحكم وتنظم التصرفات البشرية . وهذا
الاشتقاق سيتم عن طريق العقل ، بهذا المعنى ان كل ما يتمشى مع
العقل (وطبيعة الاشياء) من قواعد القانون الوضعي سيكون ، في

(١) انظر حول محاولات انصار القانون الطبيعي للتخلص من التعارض المحتمل بين
القانون الوضعي والقانون الطبيعي : كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، المرجع
السالف الذكر ، ص ٩٠ والمراجع التي أشار إليها .

(2) CF. G. Aillet. De la Signification Méthodologique de L'idée
de Droit Naturel. Arch. de Philo. du Droit, No 3-4, 1933,
p. 39.

الحقيقة قانونا طبيعيا . فالقانون الطبيعي هو ، اذن ، نتيجة « التعقيل » القانون الوضعي واستخراج كل ما من شأنه أن يصح في الزمان والمكان ويقبله الجميع . وهذا المجهود العقلي في استخراج القانون الطبيعي أو اكتشافه سيوصلنا الى نوع من « القانون العلمي » الذي سيكون هو ، في الحقيقة ، القانون الطبيعي . بناء عليه فان أي تعارض سوف لا يحدث بعد الآن بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي ، لان هذا الاخير ليس الا القانون الوضعي « المعقل » . والقانون الطبيعي في هذا التصور سيحتفظ بموضوعيته لانه ذلك الجزء من القانون الوضعي الذي يتمشى مع العقل وطبيعة الاشياء .

الا أن هذا الادراك للقانون الطبيعي ، وذلك باكتشافه انطلاقا من مواقف المشرع الوضعي (من القانون الوضعي) أي من القواعد التي يمكن أن تنال الرضا الجماعي وبالتالي يمكن أن تصح للعديد من البلدان في فترة معينة : لا يعني انه يشكل ، كما لاحظ الاستاذ روبيه^(١) احياءاً لمذهب القانون الطبيعي . فالطريقة المقارنة التي تستخدم لايجاد نوع من التشريع المشترك بين الانظمة القانونية المختلفة ، أو بعبارة أدق لايجاد نظام قانوني مشترك ، يلجأ اليها عدد من القانونيين الذين لا يمكن أن نقول انهم من أنصار القانون الطبيعي ، بل هم ، وباعترافهم ، يمكن أن يكونوا خصوما لهذا المذهب .

ان هذا الاتجاه في ايجاد « القانون الطبيعي » انطلاقا من القانون أو القوانين الوضعية عن طريق البحث العلمي (أي العقلي) يخالف في الحقيقة منطلق مذهب القانون الطبيعي . فبعث القانون الطبيعي سيكون من القانون الوضعي (كل ما يكون من القانون الوضعي ذو قيمة عقلية وبالتالي موضوعية وعمومية هو قانون طبيعي) في حين ان مذهب القانون الطبيعي يتضمن أولوية القانون الطبيعي وعلويته على القانون الوضعي . ان فكرة القانون الطبيعي تتضمن أن القانون الطبيعي وجد أولا ثم القانون الوضعي ، وليس العكس .

(١) روبيه ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٨٨ .

بناء عليه فان منطق مذهب القانون الطبيعي ، بل منطلقه ، يتضمن الثنائية الخالدة ، الثنائية التي تتضمن التدرجية (وبالتالي أولوية القانون الطبيعي على القانون الوضعي ، ومن ثم استقلال مصدر القانون الطبيعي) بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، وهو أمر لم تتضمنه هذه المحاولة في احياء القانون الطبيعي .

٢ . ولذلك فان المحاولة الثانية لحياء القانون الطبيعي ، هي أقرب الى منطق مذهب القانون الطبيعي وأكثر تمشيا مع منطلقاته . فبالنسبة لها ان القانون الطبيعي ذو وجود مستقل (موضوعي) عن القانون الوضعي و**ذو مضمون محدد** . فالقانون الطبيعي لن يكون الا مجموعة « مبادئ عليا لا يمكن المساس بها » يفرضها العقل . فسيسترجع القانون الطبيعي ، في هذا المنظار للامور ، علويته التقليدية ومهمته الخالدة التي تتضمن رقابته على القانون الوضعي . فانطلاقا من هذه المبادئ العليا نستطيع أن نحكم بعدالة ما يضعه المشرع من قواعد أو عدم عدالته . وبناء عليه فان مبادئ القانون الطبيعي أو قواعده لكي تؤدي غايتها المرجوة في الرقابة على القانون الوضعي بغية تحقيق عدالة هذا القانون ، لا يمكن ، بل لا يراد ، تحقيقها في قواعد القانون الوضعي . فهي مبادئ أساسية عليا وخالدة ولا بد للانسان منها (حيث يفرضها عقله) بغية تحقيق عقلانية القانون الوضعي أي عدالته . فالقانون الطبيعي ، بهذا المعنى ، لا يخلو من بعد أخلاقي بمعنى انه يلعب دورا في تحقيق « أخلاقية » القانون الوضعي .

الا أن العيب الذي يعتري هذا المفهوم للقانون الطبيعي يكمن في تحديد عدد المبادئ العليا الثابتة والخالدة التي تكون مضمون القانون الطبيعي . الا أن أنصار هذا المفهوم للقانون الطبيعي اختلفوا في تحديد عددها . وهذا الاختلاف في حد ذاته لا يمكن الا أن يكون عنصر ضعف في هذا المفهوم ، بمعنى انه يترك المجال واسعا للذاتية والتصور الفردي .

ومع هذا فقد قيل ان هذه المبادئ أو القواعد التي تكون مضمون القانون الطبيعي بمفهومه الجديد هي : احترام شخص الانسان ،

الالتزام بالوعد المعطى ، الالتزام بتعويض الضرر المسبب دون وجه حق ،
احترام العائلة ، احترام الملكية واحترام السلطة العامة أي الدولة •

الا أنه اذا كانت المبادئ الثلاثة الاولى هي قواعد ، فان العائلة ،
الملكية والدولة ليست الا مؤسسات اجتماعية ، اقتصادية وسياسية •
واذا كان الامر كذلك ، فان أمر تحديدها لا يعود الى العقل المجرد ،
بل الى التجربة ، الى التاريخ • فالانسان قد عرف هذه المؤسسات
منذ القدم ووعى أهميتها عبر التجربة والتاريخ دون أن يفرضها المنطق
أو العقل •

وحتى اذا سلمنا بأن هذه المؤسسات هي من القانون الطبيعي .
فانها مع هذا (والتجربة تثبت ذلك) لا تتمتع بالخلود والثبات الذي
تتمتع به مبادئ القانون الطبيعي •

وعليه فان مبادئ القانون الطبيعي أو قواعده كما تحددها هذه
المحاولة الثانية لحياء فكرة القانون الطبيعي ، هي اما مؤسسات
فرضتها التجربة والتاريخ لا العقل واما هي قواعد أو مبادئ يصعب
الاتفاق عليها •

٣ • وأمام هذه الانتقادات التي توجه الى القانون الطبيعي
باعتباره ذا مضمون ثابت ومساو دائما لنفسه في الزمان والمكان ،
حاول الفقيه الالماني رودولف ستاملر (١٨٥٦-١٩٣٨) أن يعطي مفهوما
جديدا للقانون الطبيعي •

فبالنسبة له ان القانون الطبيعي هو « القانون العادل » أي
القانون الذي يحقق مثلا اجتماعيا معيناً • وعليه فان المضمون الجديد
للقانون الطبيعي سيكون مضمونا متغيرا ولذلك أطلق على محاولة
ستاملر في احياء القانون الطبيعي اسم « القانون الطبيعي ذو المضمون
المتغير » •

لكن العدالة وان كانت في ذاتها متغيرة عبر الزمان والمكان (فما

كان عادلا بالامس لا يمكن أن يكون كذلك اليوم) ، فان « مثل العدالة » يبقى خالدا وثابتا بالنسبة للانسان ، لان فكرة العدل تعيش دائما في قلب الانسان . وانطلاقا من هذا يمكننا أن نحكم على مدى عدالة التنظيمات الوضعية أي على القانون الوضعي . بناء عليه فان مفهوم القانون الطبيعي بالنسبة لستاملر هو ، في الحقيقة ، متغير وثابت في الوقت نفسه وذو « وجود » مستقل عن القانون الوضعي . فهو متغير لان مفهوم العدالة متغير ونسبي وهو ثابت لان فكرة العدالة في ذاتها ثابتة ، لان التحسس بالعدل (أو عدم العدل) ملازم لطبيعة الانسان . والقانون الطبيعي مستقل عن القانون الوضعي لان فكرة العدالة أو « القانون العادل » يمكننا من تقييم مدى عدالة القوانين الوضعية .

لكن يمكن أن نتساءل هل ان مفهوم ستاملر للقانون الطبيعي بقي في حدود فكرة القانون الطبيعي كما تحدد معناها منذ القرن السابع عشر ؟ الجواب : كلا . فما يراد بالقانون الطبيعي في مفهومه التقليدي هو مجموعة القواعد الثابتة التي يفرضها العقل ، عالمية في محملها وقانونية في صفتها . الا أن ستاملر لا يقدم لنا الا « قانونا » طبيعيا يقوم على فكرة العدالة التي هي ليست الا فكرة أو مثلا أخلاقيا وليست قانونا . وفي هذا مخالفة لمنطلقات مدرسة قانون الطبيعة والشعوب التي فصلت ، كما رأينا ، بين القانون والأخلاق . بناء عليه فان مفهوم ستاملر هو ليس في الخط العام لمذهب القانون الطبيعي ولذلك فليس من المستغرب أن نرى أعنف الانتقادات قد وجهت له من قبل أنصار مذهب القانون الطبيعي أنفسهم . فلم يتورع الاستاذ جورج رنار من وصف مفهوم ستاملر للقانون الطبيعي بأنه « قنينة فارغة قد زينت بعلامة جميلة » (١) .

(1) G. Renard, Le Droit. L'Ordre et La Raison p. 100; cité Par Roubier, OP. CIT, p. 197.

الفرع الثاني

تفسير ظاهرة القانون الطبيعي

بالرغم من التناقضات التي وقع فيها مذهب القانون الطبيعي ، وبالرغم من الانتقادات الحادة التي وجهت له ، فانه كان وما زال يحتفظ بأنصار عديدين . واذا كان من الصعب التسليم بالوجود الموضوعي للقانون الطبيعي أي اعتباره حقيقة موضوعية ، فمن الواجب ، حينذاك ، تفسير « ظاهرة » الايمان أو الاعتقاد بالقانون الطبيعي .

ولقد شغل تفسير هذه الظاهرة علماء الاجتماع . فكما يقول الاستاذ جورج كرفيتش (١٨٩٤-١٩٦٥) انه « كان يهتم بصورة خاصة بمسألة القانون الطبيعي في أوقات الازمات والصراعات بين النظام القائم والنزعات والآمال الجديدة » (١) .

فالقانون الطبيعي هو المثل الاعلى الذي يراد تحقيقه ، فباسمه يراد اداة الواقع الموجود واقامة نظام آخر بدله . ففي القرن الثامن عشر كان القانون الطبيعي يمثل طموحات الطبقة الثالثة (الطبقة البورجوازية) ، فباسمه وانطلاقا منه أريد اداة النظام الموجود في فرنسا قبل ثورة ١٧٨٩ . أما احياء القانون الطبيعي في القرن العشرين فتكمن وراءه أيضا آمال وطموحات الطبقات الجديدة التي تريد تحقيق نظام قانوني جديد . ففي القانون الطبيعي يجد الافراد مثلاً أعلى يلجأ الانسان اليه في أوقات الخيبة أو الشك . وليس أدل على ذلك من المحاولة الثانية لاهياء القانون الطبيعي في المانيا بعد الحرب العالمية الثانية ، نتيجة لما تركته في نفوس المفكرين القانونيين التجربة القاسية التي مر بها الشعب الالمانى . والانسان حين يجد نفسه مطوقاً

(1) G. Gurvitch. Droit Naturel ou Droit Positif Intuitif Arch. Philo. du Droit, 1933, 3-4. p. 58.

بالاوضاع الاجتماعية والسياسية التي يعيشها ، يهدف دائما الى تجاوز
الايضااع هذه باسم البحث عن العدالة المطلقة . وقد احسن من قال
ان « تاريخ القانون الطبيعي هو قصة بحث الانسان عن عدالة مطلقة
وفشله في ذلك » (١) .

والقانون الطبيعي يمكن أن يكون « صرخة نجدة » في اوقات
الايضااع والايام الحالكة . ولقد لاحظ أحد المؤرخين (٢) انه اذا تابعنا
مناقشات المجالس التشريعية المؤسسة أيام الثورة الفرنسية لرأينا ان
التمسك بالقانون الطبيعي يزداد كلما اكفهر الجو .

فالقانون الطبيعي يمثل اذن أملا للانسان وبهذا المعنى فهو دافع
عمل وحركة ضد أوضاع معينة يدينها الافراد . فهو لا يحتاج اذن الى
العقل ليستند اليه بقدر ما يستند الى الشعور الذاتي والى خيال
الافراد وتصورهم .

وبصدد القانون الطبيعي يقول الاستاذ روبيه ان « المثل الاعلى
الذي يطرحه علينا لا يتمتع بوجود موضوعي ، لكن ما نسميه القانون
الطبيعي ، هو مثلنا الاعلى نحن الذين نضعه في مقابل القانون الوضعي ،
فالقانون الطبيعي يتلخص اذن في رد الفعل عند الانسان ضد النظام
الوضعي الذي يخنقه . وهنا تكمن بدون منازع أهم فائدة للقانون
الطبيعي » (٣) . وعليه فان القانون الطبيعي هو نتيجة لتصوير الانسان

الذي تتحكم فيه الظروف الاجتماعية والسياسية التي يعيشها . لذلك
نرى ان مضمون القانون الطبيعي يختلف باختلاف هذه الظروف
الاجتماعية والسياسية نفسها . فالنظام الاقطاعي في القرون الوسطى ،
وما يتمتع به من صرامة ، ترك لنا « قانونا طبيعيا » مطلقا وجامدا . الا
ان الظروف الاجتماعية والسياسية التي يمر بها انسان القرن العشرين

(1) W. Friedmann, Théorie Générale du Droit, 4e éd. Paris,
L. G. D. J. 1965, p. 45.

(٢) انظر : كرفيتش ، المثال السالف الذكر ، ص ٥٩ .

(٣) روبيه ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٨٦ .

أعطينا « قانونا طبيعيا » أكثر مرونة وأكثر نسبية (مفهوم ستاملر وأنصار القانون الطبيعي في ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية) ، نظراً لوعي الانسان نسبية الاشياء والقيم ، بالرغم من رغبته في تحقيق مثل أعلى .

وإذا كان الامر كذلك ، فالقانون الطبيعي يهدف اذن الى تحقيق مصالح خاصة بحيث يصل أنصاره الى نتائج متناقضة تماما على الرغم من انطلاقهم من المبادئ نفسها . فبالاستناد الى القانون الطبيعي اعتبر البعض النظام الديمقراطي أكثر تمشيا مع الطبيعة ، في حين اعتبر البعض الآخر ان النظام الملكي المطلق هو الذي يتمشى مع الطبيعة . وبينما يستنبط لوك من الطبيعة ضرورة تقييد السلطة ، نرى ان هوبز يصل الى عدم تقييدها وكل ذلك انطلاقا من القوانين الطبيعية نفسها^(١) . والقانون الطبيعي لا يستخدم فقط لادانة الاوضاع القائمة باسم مثل أعلى (هو القانون الطبيعي) بل يستخدم أيضا للمحافظة على هذه الاوضاع . فباسم القانون الطبيعي ، وبالأستناد اليه ، أدان القضاة الاميركان (بحجة تفسير الدستور) القوانين ذات الابعاد الاجتماعية^(٢) . وبالأستناد الى القانون الطبيعي بررت الملكية الخاصة واعتبرت شيئا مقدسا أكثر من الحياة .

لكن ليس هناك ما يمنع من الاستناد الى القانون الطبيعي واعتبار الملكية الخاصة شيئا مناقضا للطبيعة كما أكد قبيل الثورة الفرنسية وابانها .

وعليه فالقانون الطبيعي يمكن أن يبرر مختلف الاحكام الذاتية والمواقف المتناقضة . فقد استخدمت الكنيسة الكاثوليكية القانون الطبيعي للحد من سلطان الدولة التي نشأت بعد فترة الاقطاع في أوروبا ، وهو نفسه الذي استخدمته الكنيسة لتقوية سلطاتها . وبالقانون الطبيعي تمسك مفكرو القرن الثامن عشر لادانة الحكم المطلق ، وبه أيضا تمسكوا لتبرير قرارات وقوانين « المستبدين

(١) انظر : كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ٩٢ والمراجع التي يستند اليها .

(٢) انظر فردمان ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ٤٥ - ٤٦ .

المتنورين » • بناء عليه فإن القانون الطبيعي لا يمكن أن يقدم أية فائدة بالنسبة لمن يبحث عن الحقيقة الموضوعية ، الحقيقة العلمية ، لكنه يمكن أن يكون ذا فائدة من الناحية السياسية باعتباره أداة فكرية لتحقيق أوضاع جديدة أو المحافظة على أوضاع قائمة •

ويذكرنا الاستاذ كلسن ، بهذا الصدد ، ان افلاطون في حوارهِ حول « القوانين » يميز بين الاكاذيب الجائزة وتلك التي لا تجوز • والكذب الجائز هو ما كان مفيداً • فمثلاً يمكن القول ان الانسان العادل هو السعيد وحده ، بالرغم من أن هذا يناقض الحقيقة • فاذا كان كذباً فهو جد مفيد ، لانه يضمن الخضوع للقانون • والشئ نفسه بالنسبة لمذهب القانون الطبيعي الذي يعتدي على الحقيقة حين يدعى أنه قادر على تحديد ما هو عادل بصورة موضوعية ، لكن أنصاره يمكن أن يعتبروه كذباً مفيداً » (١) •

(١) انظر : كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ٩٤ •



الباب الثاني

مذهب القانون الوضعي

ان فكرة القانون الطبيعي تتضمن ، في الحقيقة ، تناقضا .
فالقانون لكي يتحقق لابد من وجود سلطة . والسلطة تفترض وجود
مجتمع ، وهذان (السلطة والمجتمع) يفترضان وجود دولة .

فالحقوق والواجبات التي تكون للأفراد او عليهم ، يرتبها
القانون الذي تضعه السلطة في المجتمع . بناء عليه فإن القانون الذي
يفترض العقل وجوده خارج الدولة او المجتمع هو ليس بقانون ، بل
رأيا أو فكرة (مثالية أو أخلاقية) عن وجود القانون . أما القانون
فلا وجود له الا في مجتمع تحكمه سلطة ويضعه القابضون على هذه
السلطة . فلا قانون ، إذن ، غير القانون الوضعي . وهذا ما ينادي به
مذهب القانون الوضعي الذي يقول بالمعادلة التالية :
القانون = القانون الوضعي .

ومذهب القانون الوضعي نجده متمثلا فيما اسموه « الوضعية
القانونية Le Positivisme Juridique » . الا أن من الوضعية القانونية
انحدر تيار هو وان كان وضعيا في منطلقاته الا أنه وصل منها ومعها
الى أقصى المراحل مستنفدا كل نتائجها المنطقية ومحاولا تجاوز كل
العقبات التي اعترضتها . وهذا التيار الفكري الذي دفع بالوضعية
القانونية الى أقصاها ، معطيا صورة جديدة هو ما أطلق عليه اسم
« السننية القانونية Le Normativisme Juridique » . وعليه يتوجب
علينا ، لكي نعطي صورة كاملة عن مذهب القانون الوضعي ، أن
ندرس ، في فصل أول ، الوضعية القانونية ثم ندرس ، في فصل ثان ،
السننية القانونية .

الفصل الاول

الوضعية القانونية

الفرع الاول

فكرة الوضعية القانونية

نستطيع القول ان ما يميز الوضعية القانونية بصورة عامة هو :
اولا ، ان القانون هو القانون الوضعي وبالتالي فانه من وضع ارادة بشرية حاكمة . ثانيا ، ان القانون يكون « نظاما منطقيا مغلقا » بمعنى ان الحلول القانونية تستقي من القواعد القانونية الوضعية ومنها فقط دون اللجوء الى كل ما هو خارج عن النظام القانوني من قيم اخلاقية ، سياسية أو اجتماعية . ولهذا فان هناك فصلا مطلقا بين القانون والاخلاق ، وبين القانون والسياسة ، اي بين القانون كما هو كائن وبين « القانون » كما يجب ان يكون .

الا ان هذه المميزات العامة للوضعية القانونية لا تعطي فكر دقيقة عنها من غير المام بظروف نشأتها من جهة وتطورها الفكري اي مظاهرها او مدارسها المتعددة من جهة اخرى .

وعليه فلتحديد فكرة الوضعية القانونية يجب ان ندرس اولا نشأة الوضعية القانونية ، ثم ندرس ، بعد ذلك ، مظاهر الوضعية القانونية .

اولا - نشأة الوضعية القانونية

ان الوضعية القانونية كموقف فكري او كمذهب مدينة بوجودها الى الروح الفلسفية التي سادت في القرن التاسع عشر في أوروبا ولا سيما في فرنسا . أما الوضعية القانونية كطريقة أو منهج فانها قديمة جدا ، وان كانت هناك علاقة أكيدة بين الطريقة أو الممارسة وبين النظرية ، بهذا المعنى ان الطريقة هيأت الانتقال من الممارسة الى النظرية .

فكل قاعدة قانونية تحتاج بحكم وجودها الى شرح وتفسير .
فالقانوني ، اذن ، بحكم مهنته ، بحكم اهتماماته ، يمارس الوضعية
القانونية وذلك حين يقتصر على دراسة النصوص القانونية وعلى تفسيرها .
ولهذا وفي هذا الاطار وبهذا المعنى ان الشراح على المتون مارسوا
الوضعية دون علم منهم وذلك منذ القرن الثاني عشر في اوربا .

الا ان الوضعية القانونية هي ليست طريقة تقتصر على دراسة
النص وشرحه فحسب ، بل هي موقف أو نظرية من الظواهر القانونية
وعليها . وهذه النظرية مدينة بوجودها الى الفلسفة الوضعية
التي سادت في القرن التاسع عشر .

وفي هذا المجال فان « مؤسس » علم الاجتماع الحديث الفيلسوف
الفرنسي أوكست كونت (١٧٩٨ - ١٨٥٧) قد لعب دورا مهما .
فبالنسبة له ان التفكير البشري قد مر بمراحل ثلاث : المرحلة
اللاهوتية ، المرحلة الميتافيزيقية والمرحلة الوضعية . والانسانية بعد
أن سيطر على تفكيرها ومسعاها الفكري الجو اللاهوتي ، وبعد أن
اجتازت المرحلة الميتافيزيقية (القانون الطبيعي) ، تكون قد دخلت
مرحلة التفكير الوضعي اي الانطلاق من التجربة العلمية في تفسير
الظواهر . فالفلسفة الوضعية تهدف اذن الى بلوغ الحقيقة عن طريق
الملاحظة والاستقراء . بناء عليه فان الفلسفة الوضعية وتقدم العلوم
الطبيعية ، في القرن التاسع عشر ، لا يمكن الا ان تترك اثرها على
الدراسات الاجتماعية ومنها دراسة القانون . فالقانون لم يعد مجرد
شيء تصوري يفرضه العقل (القانون الطبيعي) انما هو ظاهرة طبيعية
ملموسة يمكن ان نقر وجودها في الزمان والمكان ولهذا فهي تدرس
كما تدرس الظواهر الطبيعية الاخرى وبالطريقة التجريبية نفسها ،
بعيدا عن الاعتبار الميتافيزيقية أو الاخلاقية أو السياسية . فالقانون
يجب ان يدرس بروح علمية وبالتالي يكون علما هو علم القانون .

والوضعية القانونية لم تكن مدينة في نشأتها لاعتبارات فكرية
ونظرية فحسب ، بل خضعت ايضا لاعتبارات تاريخية وسياسية .

فحركة التقنين التي اعقبت صدور القانون المدني الفرنسي في عصر نابليون ، جعلت القانوني يقتصر في دراسته على شرح هذه القوانين ، وتفسيرها ، التي هي ظواهر طبيعية ، ملموسة ذات كيان ووجود كما انها تمثل ، بالنسبة لتلك الفترة : « قمة الحكمة » كما قيل . فلم البحث اذن عن قانون آخر كالقانون الطبيعي ، لا سيما ان هذه التشريعات الوضعية اعتبرت الترجمة الصحيحة والكاملة لهذا القانون ؟

والبرجوازية المنتصرة ، بعد الثورة الفرنسية ، التي نشدت الاستقرار والمحافظة على الاوضاع المكتسبة الجديدة ، وجدت في قوانين تلك الفترة ضمانا لمصالحها فلم يكن في وسعها الا ان تنادي بالاحترام المقدس للنصوص بحيث نشأت فكرة « عبادة النص » .

واذا كانت هذه ، بصورة عامة ، ظروف او عوامل نشأة الوضعية القانونية ، فيجدر بنا الان ان نتطرق الى الاتجاهات الفكرية المتعددة التي أخذتها الوضعية القانونية أو مظاهر الوضعية القانونية .

ثانيا - مظاهر الوضعية القانونية

اذا كانت الوضعية القانونية تنادي بأن القانون هو القانون الوضعي ولا يوجد قانون غير القانون الوضعي ، فإن تبرير او تنظير هذه الأطروحة اختلف باختلاف الزمان والمكان . واذا كانت ضرورات العرض العلمي تقتضي التمسك بالتسلسل التاريخي ، فإن هناك مظهرين أساسيين للوضعية القانونية : المظهر التقليدي والمظهر الحديث .

(أ) المظهر التقليدي

ويتضمن المظهر التقليدي للوضعية القانونية مدرستين :
« مدرسة الشرح على المتون Ecole de l'Exégèse » ، ومدرسة
اوستن .

(١) مدرسة الشرح على المتون

إذا كان محور اهتمام الوضعية القانونية هو التشريع أو القانون الوضعي ، فليس غريبا أن نرى أن هذه المدرسة نشأت في فرنسا بعد عام ١٨٠٤ وهي الفترة الغنية بالتقنيات وعلى رأسها القانون المدني المعروف بتقنين نابليون . وإذا كان الأمر كذلك ، فليس من قبيل المصادفة أيضا أن يكون معظم أنصار هذه المدرسة من فقهاء القانون المدني . فبالنسبة لهذه المدرسة أن النصوص التشريعية تتضمن كل القانون ، بل أن القانون لا وجود له وإن ما يوجد ، وبالتالي يكون موضوع عناية واهتمام ودراسة القانوني هو التشريع فقط . وليس أبلغ في التعبير عن هذا من قول بينيه : « أنا لا أعرف القانون المدني ، أنا لا أدرس إلا تقنين نابليون » .

فالنصوص القانونية هي الظواهر الوحيدة الملموسة والتي على القانوني التمسك والتقيّد بها ، ومن ثم فإن طريقته يجب أن تتماشى مع هذا المنطلق : « النص قبل كل شيء » كما يقول العميد دمولومب (١٨٠٤ - ١٨٨٧) ، في محاضراته عن تقنين نابليون .

ولعلنا نجد تنظير هذا الاتجاه لمدرسة الشرح على المتون عند الفقيه البلجيكي لورا حين يقول : « أن التقنيات لم تدع شيئا لتحكم المفسر ، وهذا الأخير ليس مهمته بعد الآن أن يصنع القانون ، فإن القانون قد صنع . فلا تردد بعد اليوم ، فإن القانون قد دون في نصوص رسمية ، لكن لكي تقدم التقنيات هذه المزية ، يجب على الفقهاء والقضاة أن يقبلوا وضعهم الجديد . . . فلن يتم التشريع بعد الآن من قبلهم ، فبصنعهم القانون سينتزع الفقهاء والقضاة دون وجه حق السلطة من أولئك الذين أولتهم الأمة صاحبة السيادة هذه المهمة » (١) .

الا أن هذا الوجه من أوجه الوضعية القانونية قد يبدو ، وبدا بالفعل ، مبالغا فيه ، فالتمسك بالنص دون غيره لا يمكن أن يعطي

(١) ذكره : بريمو ، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٥٩ .

حلولا لكل المسائل التي تطرح على المشتغلين بالقانون ، لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وما يصاحبها من تطور حتمي في القانون . لذلك نشأ تيار آخر ، في ظل مدرسة الشرح على المتون ، ينادي بضرورة الاخذ بنية المشرع واضع النص القانوني . فالاهتمام بالنسبة للقانوني سيكون بصانع النص أكثر من النص أو بروح التشريع لا بحرفيته . وهذا الاتجاه الجديد (مذهب نية المشرع) نجده ، بوضوح ، عند اوبري ورو في كتابهما « محاضرات في القانون المدني » .

هذا وان معظم كتاب القانون المدني في نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وان خففوا من غلواء مدرسة الشرح على المتون ، فانهم لم يخرجوا ، في الحقيقة ، على الطريقة التي تعتمد النصوص كأساس لدراساتهم .

(٢) مدرسة اوستن

ان الوضعية القانونية تجد لها مظهرا آخر ، ربما يكون أكثر وضوحا من المظهر الذي اخذته مع مدرسة الشرح على المتون الفرنسيين (وان كانا متعاصرين تقريبا) في كتابات الفقيه الانكليزي جون أوستن (١٧٩٠ - ١٨٥٩) . فأوستن ، الذي خضع لتأثير هوبز وبنثام ، ربما يكون المنظر الحقيقي ، في تلك الفترة ، للوضعية القانونية .

فالقانون بالنسبة لاوستن هو : « قاعدة وضعت لان تحكم كائنا عاقلا من قبل كائن عاقل يملك سلطة عليه » (١) .

- (1) John Austin, Lectures on Jurisprudence on the Philosophy of Positive Law, 5e éd. by Campbell, Vol. I, London, Murray, P. 86.

وقد سبق لهوبز (١٥٨٨-١٦٧٩) ان قال : « ليس القانون .. مجرد نصيحة بل هو امر ، وهو ليس امرا من اي شخص الى اي شخص اخر ، بل هو امر من شخص

مسلم له بالطاعة الى آخر عليه واجب الطاعة » .

وهذا « الكائن العاقل » الذي يضع القاعدة القانونية ويمتلك السلطة هو « صاحب السلطان The Sovereign » (الحاكم) الذي يمكن أن يكون فردا أو هيئة أي مجموعة أفراد (١) .

فالحكام ، القابضون على السلطة ، يضعون اذن القواعد القانونية أي ان القانون يجد اساسه في ارادة الحكام اصحاب السلطة وبالتالي فلا وجود للقانون الا في القانون الوضعي . وهذه هي الاطروحة الاساسية للمدرسة الوضعية في القانون . فالقانون اذن هو امر موجه من قبل صاحب السلطة (الحكام) الى اعضاء الفئة الاجتماعية الآخرين (٢) .

الا أن القاعدة القانونية لا تكون أمرا الا اذا اقترنت بجزاء يوقعه القابضون على السلطة على من يمتنع عن تنفيذها . وهذا ما يعبر عنه أوستن حين يقول : ان « القوانين بالمعنى الدقيق هي نوع من الاوامر . لكن بما انه أمر ، فكل قانون بالمعنى الدقيق يصدر عن مصدر محدد . . . وكل مرة يعبر فيها عن أمر أو يوجه مثل هذا الامر من قبل طرف يعني الرغبة في تنفيذه من قبل الطرف الآخر أو امتناعه عن تنفيذه

(Hobbes, Leviathan, London, Dent and sons, Part 11. Chap. = XXVI, P. 140.)

اما بنثام (١٧٤٨ - ١٨٣٢) فانه يعرف القانون بانه « . . . ارادة خلقها او تبناها صاحب السلطان في الدولة ، تتعلق بالسلوك الذي يجب اتباعه في حالة معينة من قبل شخص معين او فئة معينة من الاشخاص » .

(ذكره : فردمان ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢١١ هامش ٣) .

- (١) ويعرف أوستن « صاحب السلطان » بالشكل التالي : « اذا كان رئيسا انسانيا معيناً ليس من عادته ان يخضع لرئيس مثله ، يضمن الطاعة المعتادة لمجموع مجتمع معين ، فإن هذا الرئيس بالذات هو صاحب السلطان في هذا المجتمع » .
- (أوستن : محاضرات في علم القانون ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٢٦) .
- (٢) وفي هذا الصدد يقول أوستن ان : « كل قانون وضعي او كل قانون بكل بساطة ودقة ، مقام من قبل صاحب السلطة او من قبل هيئة من الاشخاص تملك السلطة على واحد او عدة اعضاء في المجتمع السياسي » .
- (أوستن ، محاضرات في علم القانون ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧٧) .

ويتعرض الطرف الثاني لاذى ٠٠٠ يوقعه عليه الطرف الاول في حالة عدم أخذ رغبته بعين الاعتبار ٠٠٠ « (١) » .

ينتج مما تقدم ان علم القانون ، بالنسبة لاوستن ، هو ، في الحقيقة ، علم القانون الوضعي ، أو ان علم القانون موضوعه الوحيد القواعد القانونية الوضعية . وبهذا الصدد يقول أوستن ان « علم القانون ٠٠٠ يتعلق بالقوانين الوضعية أو القوانين بالمعنى الدقيق للكلمة وذلك بصرف النظر عن صفتها الجيدة أو الرديئة » (٢) .

وبناء عليه فانه ليس من اختصاص القانوني أن يكون أحكاما قيمة عن القوانين الوضعية ، انما عليه أن يهتم بدراستها كما هي . ولهذا فان أوستن يفصل بين القانون والاخلاق كما انه لا يعطي « القانون » الطبيعي أية قيمة قانونية .

وبناء عليه فان القواعد التي لا تصدر بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن القابضين على السلطة لا تملك الصفة القانونية ، كالقواعد المنظمة للنوادي وقواعد القانون الدولي ٠٠٠ الخ . فمثل هذه القواعد يطلق عليها أوستن اسم « الاخلاق الوضعية » تمييزا لها عن « القوانين الوضعية » .

ولما كان الحكم (أصحاب السلطان) هم الذين يضعون القواعد القانونية ، فهذا يعني انها تجسد أساسها في إرادتهم . وإذا كان الامر كذلك فمن الصعب أن يتقيد الحكم بالقانون . نعم قد يتقيد الحكم بالقانون الذي يضعونه الا أنه تقييد اختياري أو ذاتي بحيث يمكنهم التخلص منه متى وكيف ما شاؤوا . أما المبادئ العليا الأخرى التي قد يخضع الحكم أنفسهم لها ، فانها لا تقيدهم من الناحية القانونية ما دام أوستن ينزع كل صفة قانونية عن القوانين الإلهية أو قواعد القانون الطبيعي » .

وقد كان لمذهب أوستن تأثير كبير في التفكير القانوني الانكلوسكسوني . الا أن لطبيعة النظام القضائي في انكلترا وأميركا أو الدور الذي تلعبه السابقة القضائية في هذين البلدين أثرا على تحديد

(١) أوستن ، محاضرات في علم القانون ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧٨ .

(٢) أوستن ، محاضرات في علم القانون ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧٢ .

مفهوم القانون بحيث لم يعد يعتبر من صنع « صاحب السلطان » كما عند أوستن ، بل من صنع القضاء . ويمكن أن نجد مثل هذا الاتجاه واضحا في كتابات الفقيه الأميركي جون كيري والفقيه الانكليزي جون سالmond .

فالقانون بالنسبة لكيري كما بالنسبة لأوستن ، هو القانون الوضعي ولا يمكن أن يكون غير ذلك . فهو يقول في كتابه « طبيعة مصادر القانون » ان « القانون ليس بمثل أعلى ، هو شيء يوجد في الواقع » . الا أن القانون الوضعي ، هو ليس القواعد التي يضعها « صاحب السلطان » ، كما عند أوستن ، بل ما تقره الهيئات القضائية في الدولة من قواعد على انها القانون . وفي هذا يقول : « لكي تحدد الحقوق والالتزامات فان القضاة يحددون الوقائع الموجودة ويضعون القواعد التي وفقا لها يستخلصون النتائج القانونية للوقائع . (و) هذه القواعد هي القانون » (١) .

وفي هذا توسع ، لا شك فيه ، لمذهب أوستن . فالقانون لا يمكن ، اذن تحديده مسبقا ، انما هو في عملية خلق مستمر من قبل القضاء وبالتالي فهو في تطور مستمر أيضا .

ويذهب الاستاذ سالmond المذهب نفسه في تحديده لمفهوم القانون . فهو يعلن في كتابه « علم القانون » انه « يمكن تعريف القانون كمجموعة من المبادئ معترف بها ومطبقة من قبل الدولة في ادارتها للعدالة . بتعبير آخر ، ان القانون يتضمن القواعد المعترف بها من قبل المحاكم والتي تستخدم كأساس لتصرفاتها » (٢) .

(ب) المظهر الحديث : كاره دمالبر

ان المرحلة التاريخية التي كانت تمر بها المانيا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، وهي مرحلة الدولة القومية ذات السيادة ، ثم

(١) ذكره بريمو ، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٦١ .

(2) Sir John Salmond, Jurisprudence, 7e éd. London, Sweet and Maxwell. 1924. p. 39.

ان السياسة البسماركية ، والتقاليد الفلسفية التي تمجد الدولة ، وعلى رأسها الفلسفة الهيكلية ، كل هذا جعل من المانيا أرضا خصبة لتقبل أفكار الفقيه الانكليزي أوستن حول أساس القانون . فالقانون بالنسبة له ، أساسه الامر (أمر « صاحب السلطان ») والامر يجب أن يقترن بالاكراه أو الارغام (الجزء) .

وقد قبلت هذه الفكرة وطورت في المانيا من قبل كبار القانونيين وعلى رأسهم الفقيه المعروف رودولف فون اهرنك (١٨١٨-١٨٩٢) ، الذي خصص لها تطويرات مهمة في كتابه « الغاية في القانون Der Zweck im Recht » ليبين ان القانون يعتمد على الارغام وان ممارسة الارغام هو حق مطلق للدولة وعليه فان الدولة ، التي تملك وحدها قوة الارغام ستكون مصدر القانون . فكل القانون سيكون في « قانون الدولة » أي في القانون الوضعي .

ومن هنا نشأت في المانيا وضعية قانونية اعتمدت أساسا لها الدولة وسلطتها ولذلك أطلق على هذا المظهر من مظاهر الوضع القانوني اسم « مدرسة الهرشافت École de la Herrschaft » (١)

الا أن المفكر الذي أعطى هذه المدرسة وجهها الانساني وكأبعادها بمطلق قل نظيره بحيث أصبحت الوضعية القانونية - في الاقل بالنسبة للمفكر القانوني الفرنسي - تقرر باسمه هو الاستاذ

(١) وبهذه المدرسة ، التي يعتبر اهرنك « الاب الروحي » لها ، اقترن اسم كبار كتاب القانون العام في المانيا وعلى رأسهم لاباند (١٨٣٨ - ١٩١٤) وبالاخص جورج جيلنك (١٨٥١-١٩١١) الذي يعتبر كتابه الشهير *Allgemeine Staatslehre* الصادر عام ١٩٠٠ (والمترجم الى الفرنسية بجزئين تحت عنوان « الدولة الحديثة وقانونها » ، ١٩١١ - ١٩١٣) المرجع الاساس لمعرفة مبادئها التي يمكن تلخيصها كمايلي : الدولة هي مصدر القانون ، بمعنى لا وجود للقانون الا في القواعد التي تصدرها او « تضمنها » الدولة . واذا كان الامر كذلك ، فالعرف لا قيمة قانونية له ما دامت لم تعترف به الدولة . واذا كانت الدولة مصدر القانون ، فلا وجود للقانون قبل الدولة وبالتالي لا يمكن ان يعلو عليها . فالدولة لا تخضع اذن للقانون (الذي تضعه) الا بمحض ارادتها حين تنقيد به من تلقاء نفسها اي ذاتيا .

كاره دمالبر (١) . فهو يؤكد ما في نظرية « الهرشافت » من أساس حين يقول : « ٠٠٠ علينا ٠٠٠ أن نعرف ان فكرة سلطة الدولة ٠٠٠ مقدر لها أن تبقى بالنسبة لعلم القانون العام » (٢) .

ولذلك فان الاستاذ كاره دمالبر حين يختلف مع دعاة النظرية

(١) ريموكاره دمالبر Raymond Carré de Malberg (١٨٦١-١٩٣٥) ولد وتوفي في مدينة ستراسبورك التي طالما احبها . كان الاول ، عام ١٨٩٠ ، في « امتحان الاستاذية في القانون » . درس في بعض الجامعات الفرنسية الى ان عادت الازاس لفرنسا ، فدرس بجامعة ستراسبورك اعتبارا من عام ١٩١٩ حتى نهاية حياته الجامعية . تتلمذ على يده ، او تأثر بافكاره ، عدد من القانونيين الفرنسيين الذين لمعت اسمائهم في النصف الثاني من القرن العشرين . ويعتبر كاره دمالبر ، مع دكي واوريو ، احد « الثلاثة الكبار » الذين هيمنوا على القانون العام في فرنسا في الربع الاول من القرن العشرين . لكن ، كما لاحظ الاستاذ رنه كابيتا ، اذا كان دكي اخلاقيا ملتحفا بجلايب علم الاجتماع ، واذا كان اوريو فيلسوفا يبحث في المؤسسات القانونية عن نواميس او اسرار الحياة الاجتماعية ، فان كاره دمالبر بقي بوعي وثبات قانونيا . وقد كرس كاره دمالبر قرابة العشرين عاما لكتابة مؤلفه الخالد « اسهام في النظرية العامة للدولة » الذي ظهر جزؤه الاول عام ١٩٢٠ وجزؤه الثاني عام ١٩٢٢ . وقد رفض قاطعا اعادة طبع هذا المؤلف النادر . الا انه بمناسبة الذكرى المثوية لولادته اجازت عائلته للمركز القومي للبحث العلمي في فرنسا اعادة طبع هذا الكتاب (فتم ذلك عام ١٩٦٢) ، وبالمناسبة نفسها اقامت كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بجامعة ستراسبورك « ندوة » قدم فيها كبار القانونيين الفرنسيين المعاصرين دراسات تناولت اوجها مختلفة من مذهبه (جمعت في كتاب نشر عام ١٩٦٦) .

وبالاضافة الى « النظرية العامة » كتب الاستاذ كاره دمالبر عددا من البحوث والمؤلفات اهمها كتابه الصغير « القانون تعبير عن الارادة العامة » ١٩٣١ (حيث نجد فيه خلاصة افكاره او يمثل ، كما قيل « روح كاره دمالبر » . ويعتبر كاره دمالبر ، كما يؤكد الاستاذ ايزنمان ، الرائد الحقيقي لنظرية « تكوين القانون بدرجات » التي تبنتها مدرسة كلسن وناقشها هو في مؤلف شهير صدر عام ١٩٣٣ بعنوان « مواجهة نظرية تكوين القانون بدرجات مع المؤسسات التي كرسها القانون الوضعي الفرنسي فيما يتعلق بتكوينه » .

(2) Garre dé Malberg, Contribution à la Théorie Générale de L'Etat, T. 1, Paris Sirey, 1920, p. XIX.

الالمانية ، فهو لا يختلف معهم ، في الحقيقة ، من حيث أسس النظرية ، التي يقرها ، وانما من حيث اساءة الاستعمال التي تعرضت لها النظرية في المانيا . فهو يقول : « أما فيما يتعلق بالهرشافت . . فان ذنب المذهب الالمانى لا يكمن في اعتباره هذه السلطة كمعيار قانوني للدولة أو كصفتها التي لا يمكن الاستغناء عنها في الواقع : بل هو ، في الحقيقة ، في اساءة الالمان استعمال نظريتهم عن السلطة ، أي في كونهم قد اعتبروا أو صاغوا الهرشافت كأداة للفتح أي كوسيلة بيد الشعب الالمانى . . . لاستعباد الشعوب الاخرى » (١) .

ويتجلى الوجه الانساني لنظرية الهرشافت عند الاستاذ كاره دمالبر حين يعترف بوجود قواعد أخلاقية تهيمن على الدولة وسلطتها ، وهو أمر قد تجاهله أو لم يقره الكتاب الالمان . فهو يقول : « ان ما جعل المفهوم الالمانى للهرشافت لا يطاق ، . . . هو تناسي أنصارها وجود قواعد ذات طبيعة أخلاقية تهيمن . . . على . . . سلطة الدولة مهما كانت هذه الاخيرة مطلقة من الناحية القانونية ومهما كانت ضرورية من الناحية السياسية » (٢) .

ويضيف الاستاذ كاره دمالبر قوله : « حين يجد القانوني نفسه مجبرا على اقرار ان القانون الوضعي . . . يستند الى سلطة الدولة أو أن سلطان الحكم يجد أساس شرعيته في النظام القانوني النافذ المفعول ، فان هذا لا يعني ان خارج هذا النظام الوضعي ، لا يمكن أن يدرك أي نوع من المبادئ المثالية تحكم الشعوب ، الحكومات والافراد .

ان مذهب الهرشافت الالمانى يتضمن ، بالعكس ، ان القانون الوضعي . . . والقانون الاخلاقي . . . أيضا يعتمدان على سلطة الدولة المطلقة . انه لعار لا يمكن غسله بالنسبة لمذهب القانون العام الالمانى ، حين لم يشر ولم يعترف . . . بوجود مصدر آخر غير ارادة الدولة . . . لقواعد السلوك في المجتمعات السياسية » (٣) .

(١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٩ من المقدمة .

(٢) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ١٩ من المقدمة .

(٣) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٢٠ من المقدمة .

الا أن هذا لا يعني ان موضوع اهتمام القانوني هو غير القانون .
فلحل المشاكل القانونية ، على القانوني أن لا يلجأ الى غير القانون
الوضعي ليستنبط منه الحلول المطلوبة ويضع جانباً ، في عمله هذا ،
معتقداته الاخلاقية ، الدينية والسياسية . فعلم القانون هو علم
مستقل وقائم بذاته وبالتالي يجب أن يميز عن الاخلاق أو السياسة أو
الدين . وموضوع علم القانون الوحيد هو القانون الوضعي ، أي
القانون الذي تضعه الدولة ، فخارج الدولة وقبل نشوئها لا وجود لأي
نوع من القواعد التي يمكن أن نعطيها الصفة القانونية . ان
« القانون ... » ، يقول الاستاذ كاره دمالبر ، لا حق للدولة ، أي
انه لا يوجد الا بوساطة سلطة الدولة بعد أن تكون (الدولة) قد
تكونت ... » (١) .

لكن متى تتكون الدولة بالنسبة للقانوني أو لعلم القانون ؟
يجيب الاستاذ كاره دمالبر : « ... تكون الدولة قد تكونت من اللحظة
التي تملك فيها الجماعة القومية المستقرة على اقليم معين ... هيئات
تعبر عن ارادتها وتقيم نظامها القانوني وتفرض ... سلطاتها
الأمرة » (٢) . وبتعبير آخر : « من الناحية القانونية ان الفعل الخالق
للدولة ... هو أن تجد فئة قومية نفسها مكونة في وحدة جماعية ،
وذلك حين تبدأ ، في لحظة معينة ، بأن تملك هيئات تريد وتتصرف
لحسابها وباسمها . ومن اللحظة التي تنظم فيها الجماعة القومية بهذا
الشكل ... فانها تصبح دولة » (٣) .

لكن اذا كان تنظيم الجماعة القومية هو أساس تكوين الدولة ،
فان هذا يفترض وجود قواعد منظمة يكون مجموعها ما اصطلح على
تسميته بالدستور . بناء عليه فان الدولة لا يمكن أن توجد قبل وجود
الدستور ، بل ان وجودها يفترض أولاً وجود الدستور أو في الاقل
يتعاصر معه . وهذا ما يؤكد الاستاذ كاره دمالبر حين يقول : « في

(١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٦١ .

(٢) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ٤٩٢ .

(٣) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٦٢ .

الواقع اذا كان تنظيم الجماعة القومية هو الفعل الاساس الذي بفضل
تجد نفسها قد تكونت كدولة ، فيجب أن نستخلص من ذلك ان ولادة
الدولة تتعاصر مع اقامة دستورها الاول ، مكتوبا كان أم غير مكتوب ،
أي مع ظهور النظام الاساس الذي أعطى ، لأول مرة ، الجماعة هيئات
تحقق وحدة ارادتها وتجعل منها شخصا ٠٠٠ (وعليه) فان ٠٠٠
وجود الدستور هو الشرط المطلق بل أساس (وجود) الدولة ، (١) .
واذا كانت الدولة لا توجد قبل وجود الدستور فان القانون
لا يوجد قبل وجود الدولة . وسبب ذلك يعود الى أن القانون يفترض
التنظيم الاجتماعي ، لان هذا التنظيم يستطيع وحده أن يضمن للقانون
نجاعته وقوته المرغمة (٢) . لكن القانون لا يكون ناجعا الا اذا كانت
قواعده مقرونة بالجزاء . وهذا ما يعلنه الاستاذ كاره دمالبر حين
يقول ان : « القانون ، بالمعنى الدقيق للكلمة ، يفترض ، في الحقيقة ،
الجزاء عن طريق الارغام » (٣) .

الا أن الدولة وحدها هي التي يمكنها أن توقع الجزاء ، لانها
وحدها تملك قوة الارغام أو السلطة : « ان ما يميز الدولة عن كل
الفئات الاخرى ، يقول الاستاذ كاره دمالبر ، هو السلطة التي تمتلكها
هذه السلطة التي هي وحدها جديرة بها وقد ميزت بكفاية حين وصفت
بسلطة الدولة والتي يطلق عليها في المصطلح المكرس تقليديا في فرنسا
اسم السيادة » (٤) .

بناء عليه ، فان القانون لا يمكن أن يوجد الا بواسطة الدولة
بهذا المعنى ان الدولة وحدها هي التي تخلق القانون (٥) .
« ٠٠٠ ان القاعدة القانونية ، يقول الاستاذ كاره دمالبر ، تتميز
بجزائها ذي الطبيعة المادية وبالقوة الخاصة التي تأخذها من هذا
الجزاء فيما يتعلق بتنفيذها . لكن الدولة في الازمنة الحديثة ٠٠٠

- (١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٦٥ .
- (٢) انظر : كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٥٦ .
- (٣) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ١٦٠ .
- هامش ٩ ، وانظر كذلك ، ج ١ ، ص ٢١١ .
- (٤) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٩ .
- (٥) انظر : كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ١٦١ ، في الهامش .

تملك وحدها سلطة منح القواعد . . التي تحكم سلوك وعلاقات البشر
هذه القوة المنفذة الخاصة . من هنا تأتي العلاقة الحتمية . . . بين
القانون وسلطة الدولة . وبهذا المعنى أيضا استطعنا القول ان الدولة
تخلق القانون « (١) .

ولما كان القانون ، كل القانون ، في الدولة فيترتب على هذا انه
لا يمكن ادراك أي قانون سابق على وجود الدولة أو ما وراء سلطة
الدولة . وهذا ما يؤكد الاستاذ كاره دمالبر حين يقول : « . . . ان
القانوني - حين يضع نفسه على صعيد علم القانون فقط -
لا يستطيع أن يبحث عن مصدر القانون « الوضعي » فيما وراء
سلطة وإرادة الدولة . الا أن هذا لا يعني ان قبل قانون الدولة . . .
لا يمكن أن ندرك أو لا يوجد أي مبدأ يمكن أن يكون قاعدة
لسلوك الافراد أو المجتمعات ، لكن هذا يعني ان القاعدة التي
قبلتها وأقامتها الدولة تكون وحدها القاعدة القانونية بالمعنى
الدقيق (للكلمة) « (٢) . ويطور الاستاذ كاره دمالبر هذه الفكرة
فيقول : « . . . في نطاق الوقائع الاجتماعية لا يمكن أن يوجد قانون
بالمعنى الدقيق سابق على قانون الدولة . . . لان من جوهر القاعدة
القانونية أن تكون مجازاة بوسائل ارغام مباشرة أي بوسائل بشرية .
فالقانون يفترض اذن بالضرورة سلطة عامة قادرة على ارغام الافراد
باتباع الاوامر التي . . . تصدرها . ومن هنا أيضا يظهر بوضوح بأنه
لا يمكن أن ندرك ، في عالم القانون الا القانون الوضعي . ففكرة
« القانون الطبيعي » ليست بفكرة قانونية « (٣) .

وبخصوص « القانون الطبيعي » الذي تنكره الوضعية القانونية
يكتب الاستاذ كاره دمالبر فيقول : « . . . في مجال الحقائق الملموسة
ان أية قاعدة مهما كانت ، سواء تعلقت بسلوك الحكام أم حددت
التصرفات الفردية للأشخاص لا تصبح قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق
الا اذا امتلكت جزاء ماديا بحيث ان تنفيذها يمكن أن يتم أو ان عدم

(١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٢٣٩ .

(٢) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .

(٣) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٥٧ ، ٥٨ في الهامش .

تنفيذها يقيم بوسائل بشرية للارغام المباشر التي تملك صفة الوسائل النظامية لكونها...مقامة على قاعدة قانونية أخرى وبذلك فان القاعدة القانونية تأخذ صفة شكلية تميزها... عن كل قاعدة أخرى أخلاقية أو نفعية وتستبعد بالاختصاص مكنة ادراك بجانب القانون بالمعنى الوضعي للكلمة ، وجود... قانون طبيعي . فهذا التعبير الأخير يتضمن بوضوح تناقضا في الالفاظ : فالقاعدة التي تجد أساسها في النظام الطبيعي للأشياء ، لا يمكن أن توصف بأنها قاعدة قانونية ما دامت لم تدخل في النظام القانوني النافذ المفعول ، وبالعكس فانه لا يمكن أن نصفها بأنها قاعدة طبيعية منذ اللحظة التي أصبحت فيها قاعدة قانونية . وهذا ما يعترف به ضمنا منظرو القانون الطبيعي أنفسهم حين يطلقون على القانون النافذ المفعول اسم القانون الوضعي . وهذه التسمية تشير بوضوح الى أن هذا النوع الأخير من القواعد هو وحده الذي تتوفر فيه الشروط التي يتوقف عليها ايجاد قانون ناجع وحقيقي : وهي تظهر في الوقت نفسه بأنه من اللامنطق تماما أن يراد جمع نوعين من القواعد تعودان الى صنفين متميزين تماما في فكرة وتسمية واحدة هي القانون « (١) » .

ينتج من كل ما تقدم ان القانون هو ، كما يقول الاستاذ كاره دمالبر : «... مجموعة القواعد المفروضة على الافراد المقيمين على اقليم محدد من قبل سلطة عليا قادرة على أن تأمر بوساطة ارغام لا يقاوم... (و) هذه السلطة المهيمنة لا توجد الا في الدولة... (بل) هي بالضبط سلطة الدولة . وعليه... فان القانون بالمعنى الدقيق لا يمكن أن يدرك الا في الدولة بعد أن تكون قد تكونت ، (٢) » .

الفرع الثاني

قيمة الوضعية القانونية

ان الوضعية القانونية كما عرضناها ، أو حاولنا عرض خطوطها الرئيسية لها مزاياها ، كما لها نواقصها أو عيوبها .

(١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٢٣٩ .

(٢) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ٤٩٠ .

أولا - مزايا الوضعية القانونية

ان الوضعية القانونية تبعد عن ميدان القانون كل ما هو من ميدان المعتقدات أو الايديولوجيات . فحين تفصل بين ما هو كائن وما يجب أن يكون ، فهي تميز بين القانون الوضعي كحقيقة كائنة (تقرأها الملاحظة المباشرة) وبين الاعتبارات المثالية أو الاحكام المسبقة عن القانون . فالقانون هو القانون الوضعي ولا يمكن أن تنكر عليه هذه الصفة بحجة انه لا يتمشى مع معتقدات وآراء الفرد أو الباحث ، لانه لو جاز ذلك لفسح المجال بعدم طاعة القانون وجاز تبرير مختلف القوانين بحجة تطابق ما هو كائن مع ما يجب أن يكون .

والوضعية القانونية حين تنادي بطاعة القانون ، فهي لا تنكر ، في الوقت نفسه ، مكنة نقده أو تقييمه ، انما هذا النقد وهذا التقييم ليس من ميدان القانون بل يعود الى ميدان الاخلاق والسياسة . وهذه الانتقادات يمكن أن تؤدي الى تقييم النظام (القانوني) القائم أو الاطاحة به الا أنها تبقى دائما أبدا بعيدة عن ميدان القانون ويتحمل مسؤوليتها من قام بها . فالوضعية القانونية حين ميزت بين القانون الموجود وبين ما يجب أو يمكن أن يكون القانون ، فقد أبعدت القانوني عن الدخول في ميدان الاحكام التقييمية والتفضيلات الشخصية . لكن هذا لا يعني ان البحث عن غاية القانون ليس من المسائل المهمة ، انما هي لا تعود الى ميدان القانون وبالتالي ليست من اختصاص القانوني بل يهتم بها آخرون : الفلاسفة ، علماء الاخلاق والسياسة .

وفي مقابل طلب الوضعية القانونية الخضوع للقانون وطاعته ، فانها تحقق في الوقت نفسه ، صيانة حرية المعتقدات الفلسفية والسياسية والدينية للأفراد ، فالقانون يجب أن يفهم ويتبع من غير الرجوع الى هذه المعتقدات ، لانه ان أدخلنا فلسفة معينة في القانون ، فاننا نفرض باسم القانون هذه الفلسفة ، الامر الذي يؤدي الى أكثر من انكار عند الافراد ونكون بذلك قد أضربنا بهيبة القانون وبحرية الفكر في الوقت ذاته . فالوضعية القانونية ، بخلاف ما قيل عنها ، لا تؤدي الى عبادة القانون وتمجيد السلطة القائمة ، بل تؤدي الى

حرية الفرد ، وتبعد القانوني ، عن اغراء المغامرات الفكرية وتحدد له ميدانا يمكن أن يتسم عمله فيه بسمه « العلم » .

في الحقيقة ان الوضعية القانونية حين استبعدت « القانون الطبيعي » من نطاق بحثها ، فهي تكون قد حددت ، بصورة دقيقة ، نطاق القانون وميزته بوضوح عن الاخلاق واللاهوت . فموضوع دراسة القانوني أصبح القواعد القانونية التي تقام وفق طريقة معينة . وهذا الاهتمام بالناحية الشكلية فيما يتعلق بتحديد أو تمييز القواعد القانونية يعني الاخذ بنظر الاعتبار ما يمكن اقراره موضوعيا وملاحظته مباشرة . ومن هنا اقتراب الوضعية القانونية من طريقة البحث في العلوم الطبيعية . فلم يعد القانون محل مناقشات « فلسفية » أو مجرد حذقة فكرية ، بل أصبح طريقة في اقرار ظواهر محسوسة هي الظواهر القانونية . واذا كان العلم لا يقتصر على معرفة القوانين السببية (وموضوع العلوم الطبيعية لم يقتصر بالفعل على ذلك ، كما ان العلوم الرياضية لم تنشأ ذلك مطلقا) فان الوضعية القانونية تكون قد جعلت من القانون علما ، كما لاحظ الاستاذ ميشيل فيرالي الذي يقول : « ٠٠ منذ وقت طويل تعني كلمة علم كل فرع يريد ، في الواقع الخاص الذي يكرس نفسه له ، بلوغ معرفة تمثل نفس الدرجة من الموضوعية التي توصلت اليها العلوم الطبيعية والرياضية . وبهذا المعنى يمكن أن نؤكد ، بحق ، ان هناك محلا لعلم القانون وان الوضعية القانونية قد أسهمت في الاقل في تأسيسه » (١) .

ثانيا - عيوب الوضعية القانونية

الا أن الوضعية القانونية بالرغم مما قدمته من خدمات لدراسة القانون ، وبالرغم مما احتوته من حقائق ، لا تخلو من الثغرات ، ان لم يكن من التناقضات .

ان « الخطيئة المميتة » للوضعية القانونية هي في عدم توضيحها

(1) Michel Virally, la Pensée Juridique, Paris, L. G. D. J. 1960 p. X.

للعلاقة بين الوقائع وبين القانون ، أي في عدم توضيحها للعلاقة بين عالمين مختلفين : عالم القانون وعالم الوقائع . فالوضعية القانونية تطرح الوقائع خارج القانون ولا تهتم الا بدراسة الظواهر القانونية ، لكنها لا تبين لنا ، بالدقة اللازمة ، نشأة هذه الظواهر القانونية وكيفية تمييزها عن الظواهر اللاقانونية ، وكل هذا جعل من الوضعية القانونية نظاما ضيقا ، لا يمكن أن يعطي تفسيراً مقنعا وكافيا لكل المشاكل التي تطرح على علم القانون .

فالوضعية القانونية تقدم على انها « نظام مغلق » مكتفٍ ذاتيا في حل مشاكله ، دون حاجة الى اللجوء أو الاستعانة بأي شيء خارج هذا العالم المغلق . بعبارة أخرى ان الوضعية القانونية تقدم لنا الدولة على انها نظام قانوني لا يحتاج في حياته لان يطلب العون من أي عالم خارج عالمه ، فله حياته الخاصة (القانونية) ومشاكله الخاصة التي تحل في اطار هذا النظام وحتى انه يخلق نفسه بنفسه وبالتالي فهو في حالة وجود قانوني ذاتي واكتفاء قانوني ذاتي .

وهذا ما يعبر عنه الاستاذ مارسيل فالين^(١) حين يقول الوضعية القانونية هي « ... مفهوم للقانون لا يسلم فيه كمييار للقيمة القانونية للقاعدة الا توافقها الشكلي والمادي مع قاعدة أخرى اتخذت كمييار للقيم القانونية ، في نظام قانوني معين والتي يطلق عليها القاعدة القانونية الاساسية ، وكذلك توافقها مع القواعد الاخرى الصادرة

(١) مارسيل فالين Marcel Waline ، الذي ولد عام ١٩٠٠ هو من كبار اساتذة القانون العام المعاصرين في فرنسا ومن اشدهم حماسا للوضعية القانونية . كتب في القانون الدستوري وفلسفة القانون ، الا انه اشتهر بالاخص في ميدان القانون الاداري . فتعليقاته المستمرة على احكام مجلس الدولة الفرنسي في « مجلة القانون العام » (الذي هو احد رؤساء تحريرها) وكتابه « المطول في القانون الاداري » (الذي صدرت طبعته التاسعة عام ١٩٦٣) جعلت منه مرجع ثقة في القانون الاداري . ومن كتبه أيضا كتابه المعروف عن « المذهب الفردي والقانون » (طبعة ثانية عام ١٩٤٩) . وقد عين فالين عضوا في المجلس الدستوري بفرنسا عام ١٩٦٢ .

بصورة منتظمة من قبل السلطات التي تؤهلها هذه القاعدة
(الاساسية) والتي هي : دستور .. الدولة « (١) .

وبما ان الدولة هي التي تضع القواعد القانونية ، فهذا يعني ان
نشاطها مقيد بالقانون ، واذا كان الامر كذلك فهي ليست الا مؤسسة
قانونية . ان « الدولة » يقول كاره دمالبر ، هي ... مؤسسة
قانونية .. بهذا المعنى ان سلطتها تمارس في اطار نظام قانوني معين ..
(أي) وفقا لقواعد معينة « (٢) .

« فالدولة تفترض بالضرورة .. التنظيم ، أي انها تفترض سلطة
منظمة ، .. (أي) سلطة محكومة بقواعد قانونية ، وتمارس وفقا
لاشكال معينة وبوساطة هيئات معينة ، وبالتالي فهي مقيدة بالقانون .
ولكون الدولة لا يمكن أن توجد بدون هذا النظام القانوني ، ينتج ..
بأنها لا يمكن أن تدرك الا وهي خاضعة فيما يتعلق باستمرارها
وعملها .. لقاعدة قانونية « (٣) .

الا أن هذه القواعد التي تمارس سلطة الدولة وفقا لها ، أو هذا
النظام القانوني الذي تتحرك من خلاله سلطة الدولة ، يتوجه ويهيمن
عليه الدستور . وعليه « ... فان سلطة الدولة تظهر وكأنها تجد
مصدرها في دستور الدولة « (٤) .

فالدولة ، اذن ، وفقا للوضعية القانونية ، هي نظام قانوني
يتوجه الدستور وهذا الدستور يملك نفس الطبيعة التي تملكها
القواعد القانونية (التي يتوجهها) والتي يكون مجموعها النظام
القانوني . بعبارة أخرى ان الدولة تظهر وكأنها مجموعة هيئات
وقواعد قانونية ، بحيث ان هذه الهيئات التي تمارس السلطة في

(1) Marcel Waline, Défense du Positivisme Juridique. Arch. Philo. du Droit No 1-2, 1939, p. 83.

(٢) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٩٨ .

(٣) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٢٢٩ .

(٤) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

الدولة تخضع (حسب مرتبتها) لقواعد محددة يعلو عليها جميعا الدستور الذي هو ، في الحقيقة مصدرها .

فالنظام القانوني يغلقه ، ان صح التعبير ، الدستور الذي يجب أن يكون ذا طبيعة قانونية ، لان كل شيء في الدولة يخضع له وينطلق منه ، بل يجد فيه أساس قانونيته .

والدستور يمكن أن يكون ذا طبيعة قانونية اذا أقيم وفقا لدستور سابق الوجود عليه ، بحيث يستمد قانونيته من هذا الدستور الذي يلغيه . لكننا لا يمكن أن نقف عند هذا الحد ، فلا بد من الوصول الى الدستور الاول الذي كان مصدرا لجميع الدساتير اللاحقة . الا أن هذا الدستور ، كما يعترف الاستاذ كاره دمالبر ، ليس الا « فعلا محضا غير قابل لاي تكييف قانوني » ، بمعنى أنه لا يتمتع بالصفة القانونية . « فنشأة الدولة تتم . . في اللحظة التي تملك فيها دستورها الاول . (و) هذا الدستور الاصلي ، كالدولة . . التي ينشئها ، ليس الا فعلا محضا غير قابل لاي تكييف قانوني : فاقامته لا يحكمها ، في الحقيقة ، أي نظام قانوني سابق الوجود على هذه الدولة . وعليه فمن الخطأ . . الاعتقاد بأن القانون هو في أساس الدول ودساتيرها ، (١) .

وعليه اذا كان رأس السلسلة الدستورية أو بدايتها فعلا محضا غير محكوم بالقانون ، فان كل الدساتير الاخرى لن تملك الصفة القانونية وبالتالي لا يمكن أن تكون معيارا للقيم القانونية في الدولة . وعليه فان أي تصرف أو نشاط يتم في الدولة لا يمكن أن يحكمه القانون ، لان كل هذه النشاطات والتصرفات تجدد ، وفق منطق المذهب الوضعي ، أساسها في الدستور الذي هو مجرد فعل محض .

نعم ان الدستور يمكن أن يكتسب قيمة خاصة نظرا لدوره المهم

(١) كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ٦٦ ، وقارن : ج ٢ ، ص ٤٩٠ وما بعدها .

في تنظيم الدولة ، الا أن هذا لا يعطيه أية قيمة قانونية . بعبارة أخرى ان أهمية الدستور التنظيمية لا يمكن أن تعطيه طبيعة قانونية . حقيقة ان الاستاذ كاره دمالبر يقول ان ليس على القانوني أن يذهب الى ما وراء الدستور الاولي الذي تمت معه نشأة الدولة ، الا أنه يعترف في الوقت نفسه ان هذا الدستور هو الذي نظم الجماعة القومية بحيث جعل منها دولة من الناحية القانونية^(١) .

لكن ما دام هذا الدستور الاولي هو فعلا محضا ، فانه لا يمكن ، بأي حال ، ولمجرد انه ينظم الجماعة ، أن يسبغ على ارادتها قيمة قانونية لا يتمتع هو بها . فالدستور الاولي ، كالدولة التي ينجبها ، يبقى اذن واقعة غير محكومة بالقانون . بناء عليه فان الدولة لا يمكن أن تكون شخصا قانونيا ، بل مجرد تمييز بين حكام ومحكومين ، أي ظاهرة تاريخية أو ظاهرة قوة .

فالدستور (والدولة التي يخلقها) لا يمكن ، اذن ، أن يكون سبب القانون أو مصدره لانه هو نفسه غير محكوم بالقانون . فالدولة (والدستور) التي هي سبب القانون يجب أن تكون مسببة بالقانون أيضا . وعليه فان من باب أبعاد المشكلة وليس حلها القول مع الاستاذ كاره دمالبر أن ليس على القانوني أن يبحث في أساس الدولة ، وانما عليه أن يهتم بالدولة بعد أن تكون قد تكونت ، فمن هذه اللحظة يستطيع أن يبدأ دراسته للدولة وأن يحلل دستورها وطبيعتها القانونية^(٢) . لكن من أين أتت هذه « الطبيعة القانونية » للدولة ولدستورها ؟

ان الاستاذ كاره دمالبر يفترض أو يؤكد هذا دون أن يثبتته . حقا انه يقول : ان « الحالة الفعلية » التي وجدت منذ التنظيم الاولي للجماعة (الدولة) تكون قد تحولت بفعل تكريسها الدستوري الدائم والمستمر الى « حالة قانونية »^(٣) .

(١) انظر : كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) انظر : كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ٤٩١ هامش ٥ ، وقارن : ج ١ ، ص ٦٢ هامش ٨ .

(٣) انظر : كاره دمالبر ، النظرية العامة للدولة ، ج ٢ ، ص ٤٩١ هامش ٥ .

لكن التنظيم الدستوري او وجود الدستور لا يمكن ان يغير وضع الدولة من مجرد فعل محض الى وضع قانوني ، لان الدستور الاول لا يملك هذه الطبيعة القانونية .

فالدولة ، اذن ، بمجرد تكوينها لا يمكن ان تقيم نظاما قانونيا ، لان هذا النظام القانوني يجب ان يستمد اساسه من معيار القيم القانونية وهو الدستور الذي يجب ان يكون فعلا قانونيا ، وهو امر يخالف او يناقض الفرضية التي انطلق منها الاستاذ كاره دمالبر .

ولهذا السبب قام الاستاذ مارسيل فالين بمحاولة لاثبات قانونية الدستور مدركا تماما ان مصير الوضعية القانونية بل منطقتها ونظامها يتوقف على ذلك .

فبالنسبة لهذا الكاتب يستمد الدستور قيمته أو طبيعته القانونية من كونه اساس الدولة التي تشعر جماعة من البشر بالاخلاص نحوها ، فالاخلاص نحو الدولة والتعلق بها يجعلنا نقبل الدستور كاساس للنظام القانوني .

وبناء عليه ، فاننا ، يقول الاستاذ فالين ، « نقبل من اجل حب الامة ان نعترف بالقيمة القانونية - وليس السياسية - للدستور » .
فالدستور يستمد اذن قيمته القانونية من موافقة المواطنين عليه (١) .

الا ان هذا الحل المقترح لاثبات قانونية الدستور يناقض ، في الحقيقة ، ما قاله الاستاذ فالين نفسه في تصوير الوضعية القانونية .
فقد رأينا (٢) ان الوضعية القانونية تسلم بأن كل قاعدة من القواعد المكونة للنظام القانوني تستمد قانونيتها من توافقها مع القاعدة او القواعد التي تعلوها في التدرج الهرمي للنظام القانوني . هذا يعني ان اية قاعدة قانونية في الدولة يجب ان تستمد قانونيتها من النظام القانوني المكون للدولة . فمن التناقض ، اذن ، ان نجعل مصدر قانونية القاعدة الاساسية للدولة ، اي الدستور ، خارج النظام القانوني .

(١) انظر : فالين ، دفاع عن الوضعية القانونية ، المقال السالف الذكر ، ص ٩٠-٩١ .

(٢) انظر : اعلاه ص ٦١ .

فالدستور سوف لا يستمد قانونيته من قواعد قانونية يتضمنها النظام القانوني ، وإنما من موافقة الافراد عليه ، وهي موافقة اضطروا لها في الغالب ، لان « حُبهم » للامة هو الذي دعاهم لاعطاء مثل هذه الموافقة . فمصدر قانونية الدستور سيكون في واقعة خارج النظام القانوني وغير محكوم به : رضا المواطنين .

الا ان مصدر القاعدة القانونية لا يمكن ان يكون في ردود الافعال التي تحدث عند جماهير الافراد اي في شعور المواطنين (اخلاصهم للدولة وحُبهم للامة) ، بل في النظام القانوني نفسه كما يقضي بذلك منطق الوضعية القانونية .

وعليه فالقول بان الدستور ينال قانونيته من موافقة الافراد عليه او عدم عصيانهم له ، لا يعني شيئا من الناحية القانونية . فما دام النظام القانوني يسوده منطق واحد (وهو ان القاعدة الدنيا تستمد قانونيتها وقوتها الملزمة من القاعدة التي تعلوها وهكذا) فإن هذا المنطق سيعاب اذا كانت القاعدة او مجموعة القواعد التي تحتل قمته لا يحكمها هذا المنطق أي لا تستمد قانونيتها من قاعدة او قواعد اخرى تعلو عليها .

حقا ان موافقة المواطنين (الصريحة او الضمنية) على الدستور تكسب النظام السياسي الذي يقيمه قوة وذلك باسباغ الشرعية عليه ، لكن هذه الموافقة الجماهيرية لا تسبغ القانونية على الدستور . ففكرة الشرعية هي فكرة سياسية (لأنها تتعلق بموافقة المواطنين على طريقة ممارسة السلطة) وبالتالي فهي بعيدة عن فكرة القانونية (١) . وعالم السياسة اي عالم ما هو كائن هو غير عالم القانون اي عالم ما يجب ان يكون . وعليه فإن موافقة الجماهير على الدستور (اذا افترضنا وجود مثل هذه الموافقة) ليست الا واقعة سياسية . والواقعة ، بحكم منطق الوضعية القانونية ، لا تنجب القانون وبالتالي فليس لها اثر في اسباغ القانونية على القاعدة او مجموعة القواعد موضوع الموافقة الجماهيرية .

(١) حول فكرة الشرعية ، انظر : منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج ١ ، نظرية الدولة ، منشورات مركز البحوث القانونية ، ١٩٨١ ، ص ٦٦ وما بعدها .

وبناء عليه فان القواعد القانونية في الدولة لا يمكن أن تستمد قانونيتها من الدستور . الا أن هذا يناقض منطلقات الوضعية القانونية .

وعليه فلاجل تجاوز هذا التناقض يجب ان نفترض وجود قاعدة « قانونية » تعلو على الدستور ليستمد منها قانونيته . وهذا بالضبط ما ادركه الاستاذ هانز كلسن ، الذي دفع بالوضعية القانونية الى نهايتها المنطقية ، فكانت « السننية القانونية » .

الفصل الثاني السننية القانونية

ان تقدم العلوم التجريبية وانتصار البورجوازية الليبرالية في القرن التاسع عشر أدّيا ، كما رأينا (١) ، الى رد فعل واضح ضد التفكير الميتافيزيكي والى هجر القانون الطبيعي وتبني الوضعية القانونية . الا ان هذا التطور مهما كان جذريا فلم يكن كاملا . حقا ان القانون لم يعد يعتبر مقولة خالدة ومطلقة ، بل ظاهرة تتأثر بتغير الزمان والمكان . لكن بالرغم من هذا فقد تمسك المذهب الوضعي في القانون بفكرة العدالة حين نادى بضرورة تحقيق القانون حدا ادنى من الاخلاقية . الا ان نظرية الحد الادنى الاخلاقي ليست في الحقيقة ، الا صورة هجينة لمذهب القانون الطبيعي . وعليه فإن « علم القانون البورجوازي » لم يستخلص كل النتائج التي تضمنتها الفلسفة الوضعية بل سلم بها بشكل متحفظ خاصة حين نادى بالقيمة المطلقة للاخلاق . وبالرغم من ان الغاية من ذلك هو اظهار القيمة النسبية للقانون ، الا ان مجرد التسليم بقيمة مطلقة من شأنه ان يؤثر في مفهوم القانون نفسه .

فالاخلاق كالقانون ، لها صفة سننية يعبر عنها في فكرة الواجب . وعليه فالامر الذي يتضمنه القانون لا يمكن ان يكون مجردا عن كل قيمة اخلاقية (اعمل هذا لانه جيد او عادل) .

(١) انظر : اعلاه ، ص ٤٤ وما بعدها .

وبناء عليه فان الوضعية القانونية قد لازمتها مسحة أيديولوجية في القرن التاسع عشر ، وهذا ما دعى الاستاذ كلسن^(١) لان يضع ، في مطلع القرن العشرين ، أسس « النظرية المحضة للقانون Théorie pure du droit » التي تبغي استبعاد كل عنصر أيديولوجي من القانون وذلك حين تحدد مفهوم السنة القانونية بمعزل عن السنة الاخلاقية ومن ثم تؤكد استقلال القانون عن الاخلاق وتبعد القانوني ، وبالتالي علم القانون ، عن كل العلوم الاخرى .

الفرع الاول

أسس النظرية المحضة للقانون

يقول الاستاذ كلسن ان « النظرية المحضة للقانون هي نظرية للقانون الوضعي . . بصورة عامة وليست لقانون معين . فهي نظرية

(١) هانز كلسن Hans Kelsen (١٨٨١ - ١٩٧٣) ، ولد في مدينة براغ التي كانت حينذاك جزءا من الامبراطورية النمساوية .

درس القانون في جامعة فينا وعين فيها عام ١٩١٧ أستاذا للقانون العام وفلسفة القانون . انغمس في الحياة السياسية النمساوية فكلف ، بعد الحرب العالمية الاولى ، بوضع مشروع دستور للنمسا اصبحت ، فيما بعد ، دستور ١٩٢٠ الذي عكس مفهوم كلسن للدولة الفيدرالية . عين عام ١٩٢١ عضوا مقررا في «المحكمة الدستورية» النمساوية . درس ، بين عام ١٩٢٩ - ١٩٣٣ ، القانون الدولي في جامعة كولونيا وبعد ذلك في «معهد الدراسات الدولية العليا» في جنيف ، ثم رحل في عام ١٩٤٠ الى الولايات المتحدة الاميركية حيث درس في جامعة هارفرد ثم في جامعة كاليفورنيا (بركلي) واكتسب الجنسية الاميركية فيما بعد .

لقد تأثر كلسن بفلسفة كانط . الا ان هذا التأثير لم يصل الى حد انعكاس اراء الفيلسوف على القانوني . فقد تأثر كلسن ايضا بتيارات فكرية اخرى بحيث ان اقتباساته من الفلسفة الكانتية لم تحل دون احتلال الفكر الكلسنى موقعا فريدا وأصيلا في ميدان المعرفة القانونية . وقد كتب كلسن العديد من المقالات والمؤلفات =

عامة للقانون وليست تفسيراً لهذا النظام القانوني أو ذاك .. وهي تريد أن تبقى نظرية وتقتصر على معرفة موضوعها باستثناء أي موضوع آخر . وتهدف إلى تحديد ما هو القانون وكيف يتكون ، دون أن تتساءل ماذا يجب أن يكون وكيف يجب أن يتكون . فهي ليست بسياسة قانونية بل علم للقانون . وحين تعطي نفسها صفة النظرية « المحضة » ، فهي تشير بأنها تقصد تكوين علم يكون القانون موضوعه الوحيد وتتجاهل كل ما لا يستجيب بالضبط لتعريفه . فالمبدأ الأساس لظرفيتها هو استبعاد كل العناصر الغريبة على علم القانون » (١) .

وإذا كانت هذه هي أهداف النظرية المحضة للقانون ، أو علم القانون بالمعنى الدقيق للكلمة ، فكيف يدرك كل من القانون وما هو الأساس الذي يقوم عليه؟ .

ينطلق كل من تمييز أساسي في الفلسفة الكانتية بين عالم الطبيعة أو عالم ما هو كائن : « الزاين Sein » وعالم الالتزام أو عالم ما يجب أن يكون : « الزولن Sollen » .

وعالم « الزاين » يحكمه مبدأ السببية ، فالطبيعة هي مجموعة ظواهر يرتبط بعضها ببعض الآخر ارتباط السبب بالنتيجة . بناء عليه فالقانون الذي يقضي بأن المعدن ينصهر حين يوضع على الحرارة يقيم ، في الواقع ، علاقة بين سبب ونتيجة ، أو علاقة سببية بين

= عن نظرية الدولة وفلسفة القانون والقانون الدولي وهي موزعة بين لغات ثلاث : الألمانية ، الانكليزية والفرنسية . ولم يقتصر تأثير كل من في النمسا فقط (حيث التف حوله عدد من اساتذة القانون الشباب في العشرينات ، الأمر الذي جعل البعض يطلق على مدرسة كل من اسم المدرسة النمساوية أو مدرسة فينا) بل تعداه إلى البلدان الأخرى حيث نجد الأصدقاء الكلسنية حتى عند أولئك الذين لا يسلمون بمعطيات النظرية المحضة للقانون .

(١) كل من ، النظرية المحضة للقانون ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧ .

الحرارة وانصهار المعدن . ولهذا فإن قوانين الطبيعة لا يمكن ان تخرق لاننا لا نستطيع ان نجعل مما هو كائن ما لا يكون .

اما عالم « الزولن » فيحكمه مبدأ « العزو Szurechnung او Impuation » . فالعلاقات الاجتماعية بين الافراد تنظمها سنن قانونية آمرة . وبناء عليه فالسنة القانونية تقيم علاقة بين فعل غير مشروع والجزاء الذي يجب ان يتبعه ، بحيث ان الجزاء يعزى الى الفعل غير المشروع بمقتضى السنة القانونية . وهذه القواعد الامرة لا تفرضها الضرورة ، كالقواعد التي تحكم عالم « الزاين » بل يمكن مخالفتها او خرقها دون ان يؤدي ذلك الى انتفاء وجودها .

وبناء عليه فالقاعدة القانونية ، كالقانون الذي يحكم الطبيعة ، تقيم علاقة بين واقعتين . الا ان هذه العلاقة بين الواقعتين هي ، في قوانين الطبيعة ، علاقة يحكمها مبدأ السببية ، بينما هي في القواعد القانونية يحكمها مبدأ العزو . فحين تؤكد القاعدة القانونية : « اذا ارتكب فرد جريمة ، يجب ان يعاقب » ، فلا يعني هذا ان الجريمة سبب للجزاء وان الجزاء نتيجة للجريمة . فالعلاقة التي توجد بين الواقعتين تنتج من سنة تأمر أو تجيز سلوكا معيناً ، فالجزاء يتبع الفعل غير المشروع لان هناك سنة تأمر او تجيز ايقاع الجزاء في حالة ارتكاب فعل غير مشروع .

وليس الامر كذلك بالنسبة لقوانين الطبيعة التي تحكمها علاقة السببية . فالنتيجة لا تتبع السبب لان سنة أمرت او اجازت ذلك ، بل ان النتيجة تحدث بدون تدخل اي سنة اقامها البشر .

وبناء عليه فإن مبدأ السببية كمبدأ العزو يقيم علاقة بين ظرف ونتيجة . الا ان طبيعة هذه العلاقة ليست واحدة في الحالتين . فمبدأ السببية يقول : « اذا تحقق الظرف (أ) فالنتيجة (ب) ستتم : اذا حمي معدن فانه سينصهر » . أما مبدأ العزو فيقول : « اذا تحقق

الظرف (آ) فالنتيجة (ب) يجب ان تتم : من يسرق يجب ان يسجن « (١) .

وبعد ان ميز كلسن ، بوضوح ، بين « الزاين » و « الزولن » اي بين عالم الوقائع وعالم القانون ، يبدأ فيحدد عالم القانون او عالم السنن القانونية بتطرقه الى مشكلة وجود السنة او القاعدة القانونية . ومشكلة وجود القاعدة القانونية هي ، عند كلسن ، مشكلة « صحة Validité » القاعدة او السنة القانونية (٢) .

فالبحث عن صحة القاعدة القانونية معناه البحث عن وجود القاعدة القانونية . فمتى تكون القاعدة القانونية صحيحة اذن ؟

ولحل هذه المشكلة ، يبدأ كلسن من حيث انتهت الوضعية القانونية . فقد رأينا (٣) ان الوضعية القانونية هي مفهوم للقانون يتضمن ان القيمة القانونية للقواعد التي تحكم السلوك البشري تتأتى من موافقتها مع القاعدة التي تعلوها وهكذا . الا ان الوضعية القانونية قد وصلت مع هذا المنطق الى مرحلة تعذر عليها اقامة قانونية الدستور الذي يتوج قمة النظام القانوني . فهي اما ان تكون قد أكدت (مع كاره دمالبر) قانونية الدستور ، لكنها لم تقم الدليل على هذه القانونية ، واما انها حاولت ان تقيم هذه القانونية (مع مارسيل فالين) لكنها فشلت في ذلك . لهذا قلنا ان كلسن قد بدأ في مجهوده باقامة صحة القواعد القانونية من حيث انتهت ، بدون نجاح في الواقع ، الوضعية القانونية .

حقيقة ان الدستور يمكن ان يقام وفقا لدستور سابق الوجود عليه ومن ثم يكتسب صحته او قانونيته من هذا الدستور . لكن اذا تدرجنا في الصعود من دستور لآخر فاننا سنصل الى الدستور الاول الذي لا يستمد صحته من أي دستور آخر . فالفعل الخالق للدستور الاول لا يمكن ان يفسر على انه تطبيق لسنة قانونية سابقة الوجود عليه ،

(١) انظر : كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ٢٦ .

(٢) انظر : كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ٣٩ .

(٣) انظر : اعلاه ص ٦١ - ٦٢ .

بل هو واقعة فعلية . الا ان صفته القانونية يمكن ان تفترض والنظام القانوني بأكمله يمكن ان يقام على فرضية ان الدستور الاول هو مجموعة سنن قانونية صحيحة . هذا يعني ان الفعل الذي أقام الدستور الاول يستمد صفته القانونية من سنة سابقة الوجود عليه بحيث ان الدستور الاول والنظام القانوني الذي ينحدر منه يستمد صحته من هذه السنة . وهذه السنة التي تسبغ القانونية على الدستور الاول او تعطي قيمة سننية للفعل الذي اقامه ، هي ما يسميها كلسن « السنة الاساسية Grundnorm » . الا ان هذه « السنة الاساسية » ليست بسنة من سنن القانون الوضعي ، لانها لم تكن قد « وضعت » بل « افترضت » فقط .

وعليه فان صحة كل سنة وضعية ، يقول كلسن ، « . . تتوقف على فرضية سنة لا وضعية توجد في اساس النظام السنني الذي تعود اليه السنة الوضعية . فالسنة الاساسية تضيف على فعل أساسي . . كاقامة أول دستور لدولة ما ، صفة فعل خلاق للسنن » (١) .

فالنظرية المحضنة للقانون تعطي ، اذن ، « السنة الاساسية » دور الفرضية الاساسية ، لان عليها تتوقف صحة النظام القانوني وبالتالي قانونية كل الافعال التي تتم في أطاره .

بناء عليه فان علم القانون لا يؤكد صحة السنة الاساسية بل يقتصر على القول بأنه اذا افترضنا صحة السنة الاساسية فان اقامة الدستور الاول والافعال التي تمت وفقا له يكون لها معنى السنن الصحيحة .

والنظرية المحضنة للقانون بلجائها الى فكرة السنة الاساسية لا تعتقد انها ادخلت طريقة جديدة في علم القانون . فهي تقتصر على ابراز عملية يقوم بها كل قانوني ، غالبا بصورة لا شعورية ، حين يستبعد القانون الطبيعي كصدر الصحة القانون الوضعي .

(١) كلسن ، النظرية المحضنة للقانون ، ص ٣٨ .

وبناء عليه فان صحة القواعد القانونية لا تتوقف على محتوى هذه القواعد ، لان القواعد القانونية يمكن ان تتضمن اي محتوى ، فأي سلوك او تصرف بشري يمكن ان يكون موضوع سنة قانونية . وعليه فان صحة مثل هذه السنة لا تتأثر بكون مضمونها لا يتعارض مع قيم او اعتبارات اخلاقية او غيرها . » فالسنة القانونية تكون صحيحة اذا اقيمت وفق اسلوب خاص اي وفق قواعد محددة وطريقة معينة « (١) .

وفكرة الصحة تؤثر في ادراك تركيب النظام القانوني باعتباره جهازا من السنن المتدرجة . وبهذا الصدد يقول كلسن ان « تعدد السنن يكون وحدة (أي) جهازاً أو نظاماً ، حين تتوقف صحتها في آخر الامر على سنة واحدة (و) هذه السنة الاساسية هي المصدر المشترك لصحة جميع السنن التي تعود للنظام نفسه والتي تكون وحدتها . فكون سنة تعود الى نظام معين ينتج . . عن مكنة جعل صحتها تتوقف على السنة الاساسية » (٢) .

ويضيف قوله : ان « تعليق مختلف السنن التي تكون نظاما قانونيا على سنة اساسية ، معناه انها قد اقيمت وفقا لهذه السنة .

لنأخذ مثل الارغام الذي يمارسه فرد على اخر حين يحرمه من حريته بأيداعه السجن . لماذا يكون هذا الارغام فعلا قانونيا يعود الى نظام قانوني معين؟ لأن سنة فردية اصدرتها محكمة قد أمرت به . وهذه السنة نفسها صحيحة لانها اقيمت وفقا لقانون العقوبات . وصحة قانون العقوبات تنتج بدورها عن دستور الدولة الذي حدد اجراءات سن القوانين وعين الهيئة المختصة (لذلك) . واذا اردنا بعد ذلك ان نحدد على اي شيء تستند صحة الدستور والذي تتوقف عليه صحة القوانين والافعال القانونية ، فمن الممكن ان نصعد الى دستور اكثر قدما ، لكننا سنصل في النهاية الى الدستور الاول الذي اقامه غاصب او اية فئة من الاشخاص . فارادة المؤسس الاول يجب ان تعتبر

(١) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١١٤ .

(٢) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١١٣ .

حينذاك وكان لها صفة سننية ، ومن هذه الفرضية الاساسية يجب ان تنطلق كل دراسة علمية للنظام القانوني » (١) .

الا ان الصحة هي ليست الصفة الوحيدة المميزة للقاعدة القانونية . فالسنن ، بالنسبة لكلسن ، لكي تكون قانونية يجب ان تملك صفة اخرى وهي « النجاعة L'Efficacité » . وكون السنة ناجعة يعني اطاعتها من قبل غالبية الافراد الخاضعين للنظام القانوني . ولا تتحقق هذه الطاعة الا لان السنن تكون مصحوبة بجزاء ، فالقانون هو اولا وقبل كل شيء نظام ارغام . لكن فكرة النجاعة تعني ، بالنسبة لكلسن ، نجاعة النظام القانوني بأكمله . « فليس من الضروري أن يكون هناك تطابق مطلق ... بين النظام السنني والوقائع التي ينطبق عليها . وحتى يجب ان يكون هناك مكنة لعدم توافق ، والا سوف لا يكون للنظام السنني اي معنى . فلماذا نعطي امرا لاحد ما اذا استطعنا ان نعرف بانه سيتصرف بالضرورة حسب الاسلوب المراد ؟ » . وعليه فان النظام السنني يفقد صحته حين يتوقف ... من أن يكون الى حد ما متطابقا مع الواقع . فهناك اذن علاقة بين صحة و نجاعة النظام القانوني ، فالاولى تتوقف الى حد ما على الثانية » (٢) .

واذا كانت هناك علاقة ضرورية بين صحة النظام القانوني و نجاعته ، بهذا المعنى ان النجاعة ضرورية للصحة أو انها شرط لهذه الصحة ، الا ان هذا لا يعني مطلقا وجود تطابق بين النجاعة والصحة « فالقانون وان حكم وقائع طبيعية ، فانه يتميز .. عنها ، فهذه لا يمكن ان تكون مطابقة او غير مطابقة لسنة قانونية الا اذا تميزت عنها .. فلكي يكون النظام القانوني ... صحيحا ، يجب ان يكون ناجعا ، أي ان تتوافق الوقائع في حدود معينة مع هذا النظام . والنظام القانوني يكون صحيحا حين تكون سننه قد وضعت وفقا للدستور الاول الذي يستمد صفته السننية من السنة الاساسية .

(١) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١١٥ .

(٢) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١١٨ .

الا ان ٠٠ السنة الاساسية لا تفترض الا اذا كان النظام القانوني ،
الذي أقيم وفقا للدستور الاول ، ناجعا الى حد ما ٠٠ واذا تكلمنا
عن القوة بدل النجاعة ٠٠ فإن العلاقة بين صحة النظام القانوني
ونجاعته هي ليست الا العلاقة بين القانون والقوة ٠ فالقانون لا يمكن
ان يستمر دون القوة ، لكنه لا يتطابق معها « (١) ٠

لكن ، « اذا كانت صحة النظام القانوني ٠٠ تتوقف على
نجاعته ٠٠٠ فلا ينتج من ذلك ان صحة كل سنة مأخوذة بمفردها
تتوقف بنفس الطريقة على نجاعتها ٠ فصحة النظام القانوني تبقى
حتى اذا كانت بعض سننه تعوزها النجاعة وهذه الاخيرة تبقى
صحيحة اذا كانت مقامة وفق الطريقة التي حددها هذا النظام ٠٠
فمبدأ النجاعة ٠٠ لا ينطبق ٠٠ اذن الا على نظام قانوني باجمعه
وليس على كل واحدة من سننه بصورة منفردة ٠ وممكنة عدم التوافق
هذا بين صحة ونجاعة السنة القانونية ٠٠ يظهر ، مرة اخرى ، ضرورة
التمييز الواضح بين هاتين الفكرتين « (٢) ٠

الفرع الثاني

تناقضات النظرية المحضة للقانون

ان التسليم بمعطيات النظرية المحضة للقانون يوقعها بخلاف
ما يدعي هارولد لاسكي (٣) ، في تناقضات من الصعب جدا تجاوزها ٠
وهذه التناقضات تتعلق ، اولا ، باساس القانون وثانيا بطبيعة
القانون ٠

(١) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١١٩ - ١٢٠ ٠

(٢) كلسن ، النظرية المحضة للقانون ، ص ١٢١ ٠

(٣) «اذا سلمنا بمعطيات النظرية المحضة ، يقول لاسكي ، فأعتقد انه لا يمكن دحضها ٠
ولكنني اعتقد أيضا ان جوهرها هو تمرين منطقي لا يمت الى الحياة بصلة ٠
(Laski, A Grammar of Politics 4e éd, London. George Allen,
p. VI.)

ففي ما يتعلق باساس القانون ، فإن كلسن يقيم هذا الاساس على فرضية «السنة الاساسية» . فبالنسبة له أن كل قاعدة في النظام القانوني تستمد صحتها وبالتالي قانونيتها ومن ثم قوة الزامها من القاعدة التي تعلوها . فالقوة الملزمة للقانون لا يستمدتها من الخارج بل من القانون نفسه : كل سنة تستمد قانونيتها من السنة التي تعلو عليها وهكذا .

لكن اذا سايرنا تيار الصحة هذا من الاسفل الى الاعلى ، فاننا سنصل حتما الى قمة النظام القانوني : اي دستور الدولة او القاعدة العليا في النظام القانوني التي منها تستمد كل القواعد قانونيتها وبالتالي قوتها الملزمة . فمن اين تستمد هذه القاعدة صحتها ومن ثم قانونيتها ؟ اننا لا يمكن ان نتجنب طرح مثل هذا السؤال ما دامت كل قاعدة ، في منظور كلسن ، تستمد صحتها من القاعدة التي تعلوها . وكما نعلم ان الجواب على هذا السؤال هو : ان الدستور يستمد صحته من سنة تعلو عليه هي « السنة الاساسية » .

لكن ما هي هذه السنة الاساسية ؟ انها مجرد فرضية اقتضتها ضرورة اعطاء الصحة للنظام القانوني . الا انه لا يمكن اقامة صحة القواعد المنظمة لسلوك الافراد وبالتالي اساس القانون على مجرد فرضية مهما كانت « منطقية » . بعبارة اخرى ان وجود القواعد الوضعية اي صحتها لا يمكن ان يقام على مجرد فرضية غير موجودة ، فالوجود لا يمكن ان يقام على اللاوجود او ان اللاوجود لا يمكن ان يكون اساسا للوجود .

حقيقة ان الاستاذ كلسن يقول ان « السنة الاساسية » هي فرضية لا يمكن التحقق منها لكن يجب التسليم بها وبالتالي فهي **منطقيا** ضرورية ، والا كيف نستطيع اقامة صحة النظام القانوني . لكن ، كما لاحظ الاستاذ ميشيل فيرالي ، « لا يمكن اقامة فرضية بصورة علمية الا بقدر ما يمكن ان تكون قابلة لان يتحقق منها بالمشاهدة أو بالتجربة ... » والحالة ليست كذلك هنا . و « ضرورتها المنطقية » لا يمكن أن تسعفها بشيء . علينا ان نوكد بانه لا توجد مطلقا « ضرورة منطقية » الا داخل نظام معين للتفكير ، وليس في العلاقات بين ظواهر موضوعية .

ان « السنة الاساسية الفرضية » ليست منطقيا ضرورية لوجود
الانظمة القانونية المطبقة فعلا والتي نقرها بالمشاهدة (١) .

وفرضية « السنة الاساسية » توقع النظرية المحضة في حلقة
مفرغة . فلكي نسبغ الصحة على النظام القانوني يجب ان نفترض
وجود سنة تعلو عليه ومنها يستمد صحته . فما يبرر اذن الوجود
الافتراضي لمثل هذه السنة هو الوجود الفعلي للنظام القانوني .
وعليه فان وجود النظام القانوني يفترض وجود « السنة الاساسية »
الا ان وجود السنة الاساسية يفترض وجود النظام القانوني : حلقة
مفرغة يصعب الخروج منها .

لكن لو سلمنا جـدلا بفرضية « السنة الاساسية » فعندها يتوقف
« وجود » هذه السنة على نجاعة النظام القانوني الذي منها ينحدر .
وهذا يعني ان النظام القانوني لا يكون صحيحا الا اذا كان ناجعا (٢) .
وبناء عليه ، فان طبيعة القانون ستكون مزدوجة : فالقانون ليس
صحيحا فقط ولا هو ناجع فقط ، بل هو صحيح وناجع في الوقت
نفسه . فكلسن يعطي ، اذن ، تعريفا مزدوجا للقانون حين يعرفه
بطريقة خلقه وبطريقة تطبيقه . فاختيار « السنة الاساسية » يعني
تعريف القانون بطريقة خلقه ، الا أن هذا الاختيار يتوقف على نجاعة
النظام القانوني الذي يجد فيها صحته : تعريف القانون بطريقة
تطبيقه .

لكن ما نريد ان نعرفه هو : هل القانون ما يضعه المشرع ، ام
ان القانون هو القانون المطبق ؟ وحين يجيب كلسن بان القانون هو
القانون الوضعي والقانون المطبق فعلا ، فهو يخلط ، عندها ، بين
صحة القانون ونجاعته . الا ان الصحة والنجاعة هما ظاهرتان
منفصلتان ومختلفتان تماما . فالقاعدة القانونية تكون صحيحة
وبالتالي تكون جزءا من القانون الوضعي او النظام القانوني ، لمجرد

(١) فيرالي ، الفكر القانوني ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٥ من المقدمة .

(٢) انظر : اعلاه ، ص ٧٤ .

أن هيئة مختصة وضعتها وفقاً لاجراءات محددة بصورة مسبقة . وصحة القاعدة القانونية (اي كونها جزءاً من القانون الوضعي) لا تتوقف على نجاعتها (اي كونها مطبقة) . فالقانون يكون صحيحاً اذا صوت عليه واصدر وفق أشكال واجراءات محددة بصرف النظر عن كونه قد طبق ام لا . فمثلاً القانون الصادر في فرنسا عام ١٩١٠ المتعلق بتقاعد العمال والذي لم يطبق ، يعتبر جزءاً من القانون الوضعي الفرنسي اي انه صحيح وذو قيمة قانونية على الرغم من عدم تطبيقه .

اما النجاعة فهي مكنة الحكام ، القابضين على السلطة ، على ارغام المحكومين باطاعة اوامرهم . فالنجاعة ، اذن ، تميز السلطة ، بينما الصحة تميز القانون . ولما كانت السلطة ظاهرة فعلية (قوة ارغام) فهذا يعني انها من ميدان « الزاين » . ولما كان القانون ظاهرة سنئية ، فهذا يعني انه ميدان « الزولن » . بناء عليه ، فان الصحة هي من ميدان « الزولن » بينما تكون النجاعة من ميدان « الزاين » .

نعم ان هناك علاقة بين النجاعة والصحة ، بهذا المعنى ان النجاعة هي ميزة من يملك قوة الارغام وبالتالي يستطيع ان يضمن ، عن طريق الجزاء ، القاعدة القانونية . الا ان هذا لا يعني أن النجاعة هي من طبيعة القانون ، بل يكفي ، لكي تكون هناك قاعدة قانونية وضعية ، ان تكون صحيحة اي انها مقامة وفق قواعد واشكال سابقة الوجود على اقامتها من قبل هيئة مختصة . اما اذا قلنا ان القانون يجب ان يكون صحيحاً وناجعا ، او ان النجاعة هي شرط الصحة ، فنكون قد ادخلنا « الزاين » في عالم القانون الذي يدعي كل من انه اقيم فقط في عالم « الزولن » وبالتالي يزول الفصل بين « الزاين » و « الزولن » . فمن المسلمات الاساسية للنظرية المحضنة هو الفصل القاطع بين عالمين ، عالم الوقائع وعالم القانون ، بين « الزاين » و « الزولن » . وهذا الفصل مرده ان كلا من العالمين يحكمه منطق خاص . فعالم الطبيعة ، عالم الزاين ، يحكمه مبدأ السببية وبالتالي يخضع للقوانين الطبيعية . أما عالم المجتمع ، عالم الزولن ، فيحكمه مبدأ العزو وبالتالي يخضع للقواعد القانونية .

لكن حين يعتبر كلسن نجاعة القانون (اى تطبيقه الفعلي)
شرطا لصحته ، اى ان القانون لا يكون صحيحا ما لم يكن ناجعا ،
فمعنى هذا ان السنة الاساسية (التي منها تستمد صحة النظام
القانوني) تفرضها الوقائع . فالسنة الاساسية ستكون نتيجة لوقائع
بمعنى أن « الزاين » هو الذي يفرضها بحيث ان الصحة ستتوقف على
النجاعة اى ان « الزولن » سيتوقف على « الزاين » وبالتالي سينتفي
الفصل بينهما .

فما دام كلسن يعطي للقانون صفتي الصحة والنجاعة فهو
لا يمكن أن يمنع ظهور الزاين في عالم الزولن . فالقانون سوف
لا يكون القانون المقام وفق قواعد معينة (بحيث ان القواعد القانونية
سترتبط الواحدة بالآخرى وتنجب الواحدة الاخرى) بل ان القانون
هو الذي يتطابق مع الوقائع اى القانون الذي يعتد به ويلاحظه ، لافراد
في سلوكهم . ولهذا قلنا ان النجاعة شرط للصحة . فوجود نظام
قانوني مطبق يفرض « وجود » سنة اساسية لتسبغ الصحة على
هذا النظام . وعليه فاننا سنصل الى النتيجة التالية : ان كل ما
هو ناجع سيكون بالضرورة صحيحا . فالنجاعة ستحدد الصحة ،
واذا كان الامر كذلك فسيفتقد الفصل بين « الزاين » و « الزولن » ،
وهذا ما يناقض اساسا مهما من الاسس التي قامت عليها النظرية
المحضة للقانون .

الباب الثالث

مذهب القانون الاجتماعي

إذا كان القانون ، بالنسبة لمذهب القانون الطبيعي ، يجد أساسه في مبادئ خالدة وذات وجود موضوعي يكشفها العقل البشري أو يجدها في « طبيعة الأشياء » ، وإذا كان القانون ، كل القانون ، يجد أساسه في إرادة المشرع (الدولة) وفقا لمذهب القانون الوضعي ، فإن مذهب القانون الاجتماعي يؤكد « حقيقة » أخرى وهي : ان القانون يجد أساسه في المجتمع . وبناء عليه فإن القواعد القانونية ليست مدينة بوجودها لإرادة المشرع ولا للعقل ، بل ينبجها المجتمع تلقائيا لمجرد ان هناك حياة جماعية مشتركة . فمتطلبات أو ضرورات الحياة الاجتماعية هي التي تنجب القواعد القانونية بحيث يكون لكل فئة اجتماعية قواعدها القانونية التي تفرض على أعضائها حكاما كانوا أم محكومين .

الا أن هذه الرؤيا للقانون لم تتبلور وتأخذ شكلها المذهبي الا نتيجة لنشأة علم الاجتماع وتطوره . ولذلك ينبغي ، للامام بمذهب القانون الاجتماعي ، ان نبين العلاقة بين علم الاجتماع والقانون . غير ان القانوني الذي أعطى نظرية كاملة لنشأة القانون وأساسه ، انطلاقا من علم الاجتماع ، هو العميد دكي .

وعليه سنخصص ، لدراسة مذهب القانون الاجتماعي ، فصلا أولا نبحث فيه العلاقة بين علم الاجتماع والقانون ونخصص فصلا ثانيا نعرض فيه مذهب العميد دكي .

الفصل الاول

علم الاجتماع والقانون

لم تكن الوقائع الاجتماعية تدرس ، حتى القرن الثامن عشر ، الا من الناحية الفلسفية والاخلاقية . فلم يكن هدف الدراسة معرفة ما هو المجتمع بل ما يجب أن يكون عليه وذلك انطلاقا من عدد من المبادئ الميتافيزيقية والاخلاقية حول الانسان ومصيره .

ومن هذه المبادئ ، التي لا يمكن مناقشتها ولا تكون موضوع تحقيق تجريبي ، تستقى الحلول عن طريق الربط المنطقي ، لتحديد « المجتمع العادل » . وعليه فان طريقة دراسة الوقائع الاجتماعية كانت الطريقة الاستنباطية المبنية على الاحكام المسبقة . هذا يعني ان طريقة دراسة الانسان والمجتمع كانت تقوم على « الاحكام القيمية » التي تحدد قيمة الاشياء ومسيرة الحوادث وفقا لاحكام ذات قيمة مطلقة تتعلق بالخير والشر ، بالعدل والظلم .

فلم تكن الدراسة الاجتماعية ، اذن ، تقوم على «أحكام الحقيقة» التي تحدد قيمة الاشياء ومسيرة الحوادث وفقا لما هي عليه في حقيقتها .

حقا ان محاولات عديدة سبقت ذلك لدراسة الوقائع الاجتماعية من الناحية العلمية : أرسطو ، ابن خلدون ، ميكافيلي وبودان . الا أن هذه الدراسات لم تخل من الاعتبارات الفلسفية والاخلاقية بحيث يمكن القول ان أحكام الحقيقة اختلطت ، في الوقت نفسه ، بالاحكام القيمية .

لكن في منتصف القرن الثامن عشر قال مونتسكيو في « روح القوانين » : اننا هنا بصدد ما هو كائن وليس ما يجب أن يكون . الا ان هذا الموقف العلمي بقي معزولا ولم يكن له الصدى الكافي في ميدان الدراسة العلمية للوقائع الاجتماعية .

ولهذا كان يجب أن تنتظر حتى القرن التاسع عشر لنشهد ولادة : علم المجتمع أو « علم الاجتماع Sociologie » . وقد استعمل أو كست كونت هذه التسمية لأول مرة عام ١٨٣٩ في الجزء الرابع من مؤلفه « محاضرات في الفلسفة الوضعية » . ورغبة أو كست كونت في تسمية هذا العلم في البداية باسم « الفيزياء الاجتماعية Physique sociale » ، تنم عن قصده في تأكيد الدراسة الموضوعية للوقائع الاجتماعية ، أي تطبيق الطريقة نفسها التي تستخدمها العلوم الطبيعية في البحث ومنها الفيزياء .

ومن هنا كانت بداية الانطلاق في تكوين « المدرسة السوسيولوجية L'école sociologique » التي تبغى دراسة الوقائع أو الظواهر الاجتماعية ، ومنها القانون ، وفقاً للطريقة التجريبية ولبدء السببية .

وقد وجدت « المدرسة السوسيولوجية » أسسها ، في نهاية القرن التاسع عشر ، عند أميل دركهايم (١٨٥٨-١٩١٧) التي أعلنها في كتابيه الرئيسيين : « تقسيم العمل الاجتماعي » (١٨٩٣) و « قواعد الطريقة السوسيولوجية » (١٨٩٥) .

فبالنسبة لهذه المدرسة ان الوقائع الاجتماعية ، والقانون مثلها الانموذج ، يجب أن تعامل كما تعامل الأشياء . « فالوقائع الاجتماعية ، يقول دركهايم ، هي أساليب تصرف وتفكير واحساس توجد خارج المشاعر الفردية » . وعليه فان الطريقة التي يجب أن تتبع في دراسة الوقائع الاجتماعية هي الطريقة الاستقرائية التي تقوم على الملاحظة المباشرة للوقائع كما هو الامر في العلوم الفيزيائية والطبيعية .

فهدف المدرسة السوسيولوجية ، اذن ، هو دمج علم الاجتماع في النظام العام لعلوم الطبيعة كما يقول دركهايم .

والانسان لا يستطيع العيش خارج المجتمع ، فطبيعته تملي عليه ذلك . ومن يعيش أو يمكن أن يعيش خارج المجتمع ، فهو اما أن يكون وحشاً أو الهياً على حد تعبير أرسطو ، أي شيئاً ما أقل أو أكثر من الانسان . لكن المجتمع ليس مجرد تجميع لافراد يعيش بعضهم بجانب

البعض ، وانما هذا التجمع الانساني من شأنه أن يخلق كائنا جماعيا له حياته الخاصة المستقلة عن حياة الافراد المكونين له (١) . فالمجتمع له ، اذن ، وجود مستقل عن وجود الافراد وهو يعلو عليهم .

وفي مثل هذا المنظار للامور يكون القانون نتيجة لتدخل المجتمع بغية حماية وجوده وتطوره . فالمجتمعات التي لم تستطع أن تنظم نفسها ، حيث سادتها الفوضى ، انتهى بها الامر الى الزوال . فمقتضيات وجود المجتمع وضرورة تطوره هي التي أملت ، كنتيجة لذلك ، وجود القانون .

ففكرة القانون نشأت ، اذن ، بشكل لاحق على حياة الجماعة . فالمجتمعات قد منعت السرقة والسلب ، مثلا ، لان ذلك يسبب اضطرابا في حياة الجماعة ويعيق تطورها ، بل يجعل وجودها في خطر . ونتيجة لهذا نشأ القانون فنظم التملك وحقوق الملكية . فهذه الحقوق اقتضتها طبيعة الحياة الجماعية ولم يفرضها ، بشكل مسبق ، عقل عاقل كما في مذهب القانون الطبيعي . فالقانون سيكون مجموع القواعد التي من شأنها أن تحافظ على حياة المجتمع وتضمن تطوره ، فهو اذن قانون موضوعي فرضته متطلبات التضامن الاجتماعي .

★ ★ ★

وقد وجدت المدرسة السوسيولوجية في العميد دكي (٢) خير منظر لها على صعيد الفكر القانوني .

(١) فهناك ، اذن ، « شعور جماعي Conscience Collective » مختلف ومتميز عن شعور الافراد . لكن هل ان هذا الشعور الجماعي هو مجموع مشاعر الافراد المكونين للمجتمع أو انه كيان مستقل قائم بذاته وبالتالي مستقل عن مشاعر الافراد . في الحقيقة ان فكرة الشعور الجماعي بقيت غير محددة حتى عند دركهايم واثارت الكثير من الجدل حولها .

(٢) لينو دكي Léon Duguit (١٨٥٩-١٩٢٨) ، واحد من اكبر القانونيين الذين عرفتهم فرنسا . اجتاز « امتحان الاستاذية في القانون » عام ١٨٨٣ وتولى =

الا أن تفكير العميد دكي مر بمراحل ثلاث نتيجة لتطور علم الاجتماع أولا ونتيجة لتطور نظرة هذا المفكر للامور ثانيا .

فقد خضع دكي في البداية لتأثير « المدرسة العضوية » في علم الاجتماع التي تزعمها الانكليزي سبنسر (١٨٢٠-١٩٠٣) . وقد شبهت هذه المدرسة المجتمع بالكائن الحي الذي له حياته الخاصة المستقلة عن حياة الافراد المكونين له ، كما له هيئاته التي يستخدمها كما يستخدم الكائن الحي أعضائه . وقد كان لهذه الرؤيا للامور أثر على طريقة معرفة الوقائع الاجتماعية . فما دام قد شبه المجتمع بالكائن الحي ، فلا يمكن اذن ادراك الوقائع الاجتماعية الا عن طريق معرفة الوقائع البيولوجية ، كما تخضع الوقائع الاجتماعية ، كالوقائع البيولوجية ، لقانون أو حتمية التطور . وهذا الاتجاه في علم الاجتماع نجد ترجمته القانونية في الكتابات الاولى للعميد دكي ولا سيما في « القانون الدستوري وعلم الاجتماع » (١٨٨٩) و « في وظائف الدولة العصرية » (١٨٩٤) .

الا أن « المدرسة العضوية » في علم الاجتماع لا تمثل الا المرحلة الاولى للمدرسة السوسيولوجية التي وضع أسسها دركهايم الذي كان أستاذا في كلية الآداب بجامعة بوردو وصديقا لدكي .

= التدريس في كلية القانون بجامعة بوردو عام ١٨٨٦ ، ثم أصبح عميدا لهذه الكلية وبقي في هذا المنصب حتى وفاته .

وقد وضع دكي موضع الشك الاسس التي استقرت عليها النظرية العامة للقانون حتى مطلع القرن العشرين . وفي ميدان نظرية الدولة ، انكر دكي سيادة الدولة وشخصيتها وحاول جاهدا ان يقيد الدولة بالقانون . ومذهب دكي نجده في مؤلفه الشهير « المطول في القانون الدستوري » . كما نجد خلاصة مذهبه في كتابه الصغير « دروس في القانون العام » . وقد تتلمذ عدد كبير من القانونيين في فرنسا وفي الخارج على يد العميد دكي ، لذا فان تأثير مدرسة بوردو او مدرسة دكي لم يقتصر على فرنسا فقط بل تعداها الى البلدان الاخرى .

وعليه فالمرحلة الثانية من مراحل تطور التفكير القانوني الاجتماعي لدكي تتسم بتخلصه من تأثير « المدرسة العضوية » وخضوعه لتأثير دركهايم^(١) الذي يريد « أن تعامل الوقائع الاجتماعية كأشياء » أي أن تخضع للطريقة التجريبية .

وقد ظهر هذا الاتجاه الجديد في تفكير دكي مع مطلع القرن العشرين حين نشر عام ١٩٠١ كتابه الموسوم « الدولة ، القانون الموضوعي والقانون الوضعي » وكتابته المعنون « الدولة ، الحكم والوكلاء » عام ١٩٠٣ .

ثم بدأ هذا الاتجاه يتحدد بعد ذلك في العديد من المقالات التي نشرها دكي الى أن وجد اكتماله في كتابه الشهير « المطول في القانون الدستوري » الذي ظهرت طبعته الاولى عام ١٩١١ .

أما المرحلة الثالثة التي مر بها العميد دكي فقد بدأت بسنوات قليلة قبل وفاته^(٢) . فلم يعد دكي يبني القانون على أسس اجتماعية محضة أي على أسس يمكن أن تقرها الملاحظة المباشرة والتجربة ، بل أدخل في بنائه عاملا أخلاقيا وهو فكرة العدالة . وقد ظهر هذا الاتجاه واضحا منذ عام ١٩٢١ وهو تاريخ الطبعة الثانية (بخمسة أجزاء) من « المطول في القانون الدستوري » . فقد كتب يقول في تقديم هذه الطبعة : « من المستحسن لكل انسان يفكر وقد وصل مساء حياته ، أن يتأمل ويعيد النظر بهدوء وحسن نية في القيمة الموضوعية للأفكار التي دافع عنها ومنها استوحى . وهذا الواجب يقع بالاختصاص على من له المهمة الهائلة والنبيلة في أن يعلم الآخرين والذي أقدم على مشروع جريء من شأنه أن يطيح ببعض المفاهيم التي سسلم بها بالاجماع تقريبا منذ وقت

(١) في الحقيقة ان دكي وان خضع لتأثير دركهايم ، فقد اثر هو ايضا على هذا الاخير سيما فيما يتعلق بفكرة « الشعور الجماعي » ، بحيث اضطر دركهايم لان يعدل بعض اوجه مذهبه في هذا الموضوع .

(٢) ويعزو الاستاذ بريمو (الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، ص ١٩٤) هذا التطور الى الازمة المعنوية الحادة التي عانى منها دكي اثر فقده أبنا عزيزا عليه اثناء الحرب العالمية الاولى .

طويل • وهذا النوع من إعادة النظر في الضمير هو الذي حاولت أن أقوم به في هذا الكتاب • وقد تمسك العميد دكي « بإعادة النظر في الضمير » هذه حتى عشية وفاته حين ظهرت عام ١٩٢٧-١٩٢٨ الطبعة الثالثة لنجزئين الأول والثاني من « المظول في القانون الدستوري » • وإذا كان العميد دكي هو المترجم الحقيقي لأفكار المدرسة السوسيولوجية في ميدان القانون ، فقد دعاه ذلك لأن يحدد « قواعد الطريقة السوسيولوجية القانونية » •

وهذا ما قام به في الدرس الافتتاحي من دروسه في « القانون العام » التي ألقاها عام ١٩٢٦ في كلية الحقوق بالجامعة المصرية (التي كان أول عميد لها) حين قال : « لقد قيل ٠٠٠ أن العلوم الاجتماعية لها طريقة خاصة بها ، التي هي ليست طريقة العلوم الفيزيائية أو الطبيعية • إلا أن هذا - في تقديري - خطأ كبير ، لأن كل طريقة علمية تحددها قوانين التفكير البشري التي هي ، بداهة ، واحدة مهما كان ميدان البحث ٠٠٠ وهذه القواعد هي ثلاث :

- ١ • لاحظ الوقائع بطريقة لا شخصية ٠٠٠ (أي) بطريقة موضوعية ، وقم بمجهود دائم لأجل التخلص من تأثير الوراثة ، الوسط ، والاحكام المسبقة من أي نوع كانت •
- ٢ • استخدم التحليل الاستنباطي ٠٠٠ كأداة البحث ، (و) طابق النتائج التي توصل اليها الاستنباط المنطقي مع الوقائع ، فإذا لم تتطابق معها ، اطرح جانبا الفرضية التي انطلقت منها ، ولا تحاول مطلقا أن تخضع الوقائع للمنطق ٠٠
- ٣ • ٠٠٠ ارفض كل المفاهيم المسبقة واتركها تعود الى ميدان الايمان الديني أو الميتافيزكي « (١) •

(1) Duguit, Leçons de Droit Public Général, Paris, 1926.

وعليه فإن دكي لا يسلم بفكرة « القانون الطبيعي » لأن هذا المفهوم ذو طبيعة ميتافيزكية وبالتالي يمكن أن يكون محل ايمان وليس أساسا لبناء علمي • (انظر : دكي ، دروس في القانون العام ، المرجع السالف الذكر ، ص ٤٤) • إلا أن روح التسامح التي يتحلى بها العميد دكي جعلته يقول : (و) هذه المعتقدات بآلهات أو كيانات ميتافيزكية هي من ميدان الضمير الفردي • أنا احترامها بعمق واستطيع حتى أن أقول أنني أحسدها ، لكن أؤكد بانها يجب أن تستبعد من ميدان العلم • (دكي ، دروس في القانون العام ، ص ٣٥ - ٣٦) •

وطريقة دكي في رفض الاحكام المسبقة ورفض كل ميتافيزكية قانونية واعتماد الملاحظة المباشرة في اقرار الوقائع ، جعلته يصل الى أن ليس هناك قانون غير « القانون الموضوعي » .

الفصل الثاني

دكي والقانون الموضوعي

في الصفحة الاولى من الجزء الاول من « المطول في القانون الدستوري » يطرح دكي السؤال التالي : ما القانون ؟ هل هو قاعدة سلوك تفرض على الانسان الذي يعيش في المجتمع ، أم سلطة تعود لبعض الافراد؟ واذا كان القانون قاعدة سلوك ، فهل تفرض هذه القاعدة على كل الافراد في الفئة الاجتماعية حكما ومحكومين (١) ؟

ويختتم دكي تساؤلاته فيقول : « تلك هي أسئلة طرحت منذ أن بدأ الانسان يفكر حول أمور الحياة الاجتماعية والتي لم تجد لها ، رغم ما بذل من مجهود هائل ، حلا . . . وضعيا » (٢) . وسبب ذلك يعود الى أن ميدان القانون بقي مزحما بأفكار ومفاهيم ذات طبيعة ميتافيزكية منعت اعطاء مشكلة القانون حلا وضعيا وواقعيا . الا أن الدراسة الواقعية لمشكلة القانون تؤدي الى اقرار القانون الموضوعي . « . . . فالانسان الذي يعيش في مجتمع معين ، يقول دكي ، يخضع بفعل ذلك الى قاعدة سلوك يؤدي خرقها الى رد فعل اجتماعي يمكن أن ينظم . وقاعدة السلوك هذه . . . هي ما أسميها القانون الموضوعي (٣) » .

وفي تحديده للقانون الموضوعي ينطلق دكي من عدد من المعطيات

(1) Cf. Duguit, Traité de droit Constitutionnel, 3é Ed.
T. I. 1927, P. 1.

(٢) دكي ، المطول في القانون الدستوري ، ط ٣ ، ج ١ ، ١٩٢٧ ، ص ٢ .

(٣) دكي ، المطول في القانون الدستوري ، ج ١ ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٤ .

التي تكون أساس مذهبه . فلكي ندرك القانون الموضوعي علينا ،
اذن ، أن نبين معطيات مذهب دكي .

الفرع الاول معطيات مذهب دكي

ينطلق دكي من واقعيتين تخضعان للملاحظة المباشرة : ان
الانسان كائن واع لافعاله وان الانسان كائن لا يستطيع العيش
منفردا ، فهو يعيش وعاش دائما في مجتمع مع أقرانه (١) .

وبناء عليه فان هناك فرقا بين القوانين التي تحكم الطبيعة
والقوانين التي تحكم المجتمع . فاذا أطلقنا تسمية الوقائع الاجتماعية
على كل أفعال الانسان الذي يدخل بعلاقة مع أقرانه ، فيجب القول
ان كل الوقائع الاجتماعية هي وقائع ارادية ، أي وقائع أنجبها النشاط
الواعي للانسان الذي يهدف الى غاية معينة . وفي هذا يكمن الفرق
الاساس بين الوقائع الاجتماعية والوقائع الطبيعية وبالتالي فان أي
تشابه لا يمكن أن يكون بين القوانين الطبيعية والقوانين الاجتماعية (٢) .

ينتج مما تقدم ان القوانين الاجتماعية ليست بقوانين سببية ،
لأنها تحكم أفعالا ارادية وواعية للانسان وبالتالي فهي لا يمكن أن
تكون غير « قوانين غائية » أي قواعد أو سنن توجه وتحدد النشاط
الواعي والارادي للانسان حين تمنعه عن بعض الافعال وتفرض عليه
البعض الآخر . وعليه فان القاعدة أو السنة الاجتماعية توجد لمجرد ان
هناك مجتمعات بشرية تتكون من كائنات واعية . والمجتمع لا يمكن أن
يوجد الا اذا كان الافراد الذين يكونونه يخضعون لقانون الكائن
الاجتماعي (٣) .

« فالحلایا المكونة لكائن تخضع لقانون هذا الكائن . والكل يعترف
بذلك ، كما ان قانون هذا الكائن هو الذي يتحكم في تكوينه وتطوره .

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٦٥ - ٦٦ .

(٢) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٦٨ .

(٣) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٧٠ .

كذلك فان الافراد المكونين لفئة اجتماعية يخضعون لقانون هذه الفئة ، وهو قانون يحكم تكوينها وتطورها . وكلا القانونين هما قانونا تنسيق . (الا أن) قانون الكائن لا نسميه سنة ، لاننا لا نستطيع أن نؤكد بأن الخلايا المكونة له واعية ، (أما) قانون الفئة الاجتماعية فنسميه سنة لان الافراد الاعضاء فيها يتصرفون بوعي ، فيريدون شيئا يهدفون اليه وبمقتضى باعث يشعرون به . لكن ما عدا هذا الفارق ، لا يوجد أي شيء آخر يميز قانون الكائن الحي عن قانون المجتمع البشري ، واذا سلمنا بأن القانون البيولوجي مقام على الواقعة التي تكون هذا الكائن . . . فلماذا ان السنة الاجتماعية لا يمكنها هي الاخرى أن تقام على واقعة المجتمع » (١) .

وبناء عليه فان السنة أو القاعدة الاجتماعية « . . . ليست شيئا آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي ، الذي يحدد السلوك الايجابي أو السلبي الذي يجب أن يتخذه كل أعضاء الفئة من أجل أن تستطيع هذه والافراد المكونون لها من أن تعيش وتتطور . . . بحيث ان خرقه يؤدي حتما الى رد فعل ، مرده تمسك الفئة . . . بالقانون الذي يحكم حياتها » (٢) .

الا أن القواعد الاجتماعية هي اما أن تكون قواعد اقتصادية أو أخلاقية أو قانونية .

والسنة أو القاعدة الاقتصادية « . . . تحكم كل أفعال الانسان المتعلقة بانتاج الثروات وانتقالها واستهلاكها . . . (و) خرق القاعدة الاقتصادية يحدث رد فعل اجتماعي لا يتعلق الا بانتاج الثروة واستخدامها » (٣) .

أما السنن أو القواعد الاخلاقية فهي ، كما يقول دكي : « . . . تلك التي تطبق على كل انسان يعيش في بلد معين وفي فترة

(١) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٧٨ - ٧٩ .

(٢) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٨١ - ٨٢ .

(٣) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٨٩ - ٩٠ .

معينة والتي تفرض عليه سلوكا معيناً . . . فيما يتعلق بملابسه ،
سكنه ، علاقاته الاجتماعية وكذلك ممارساته الدينية . وبكلمة ،
أقصد بالقواعد الاخلاقية تلك التي تلزم كل انسان بأن يتمشى في
حياته مع مجموعة الممارسات التي نطلق عليها آداب المجتمع . واذا لم
يتمش معها ، فانه يلاقى رد فعل اجتماعي يحدث تلقائياً . . . ومن هنا
يكون لهذه القواعد صفة ملزمة » (١) .

أخيراً فان السنة أو القاعدة القانونية هي اما قاعدة اخلاقية أو
اقتصادية . لكن ليس كل قاعدة اخلاقية أو اقتصادية هي بالضرورة
قاعدة قانونية . فمتى تصبح ، اذن ، القاعدة الاقتصادية أو الاخلاقية
قاعدة قانونية ؟

يقول دكي ان « القاعدة الاقتصادية أو الاخلاقية تصبح سنة
قانونية حين تنفذ في ضمير جمهور الافراد ، المكونين لفئة اجتماعية
معينة ، بحيث ان الفئة نفسها ، أو أولئك الذين يقبضون فيها على
القوة الكبرى ، يستطيعون التدخل لردع خروق هذه القاعدة . بتعبير
آخر هناك قاعدة قانونية حين يدرك ويسلم جمهور الافراد المكونين
لفئة بأن فعلاً ضد خارقي القاعدة يمكن أن ينظم اجتماعياً . وهذا
التنظيم يمكن أن لا يوجد ، (كما) يمكن أن يكون بدائياً وتلقائياً . . .
(لكن) من اللحظة التي يدركه جمهور الافراد ويرغبونه . . . تظهر
القاعدة القانونية » (٢) . ويضيف دكي قوله ان « القاعدة الاخلاقية
أو الاقتصادية تصبح قاعدة قانونية في اللحظة التي يكون فيها الشعور
الاجتماعي أو شبه الاجتماعي للافراد المكونين للفئة الاجتماعية . . . بأن
التضامن الاجتماعي سيلحقه ضرر كبير اذا كان احترام هذه القاعدة
لا يضمن باستخدام القوة الاجتماعية (و) . . . لاجل أن توجد القاعدة
القانونية يجب أن يكون ضمان القاعدة الاجتماعية باستخدام القوة
الاجتماعية متمشياً مع الشعور بالعدالة . . . فالشعور عند جمهور

(١) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٩١ .

(٢) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٩٣ - ٩٤ .

الافراد ٠٠٠ بأن قاعدة اخلاقية أو اقتصادية هي ضرورية لبقاء التضامن الاجتماعي ، والشعور بأنه من العدل مجازاتها ٠٠٠ هما العنصران الاساسيان لتكوين ٠٠٠ القاعدة القانونية ٠٠٠٠ (وعليه) لاجل أن تكون القاعدة قاعدة قانونية لا يكفي أن تكون متمشية مع الشعور بالتضامن الاجتماعي ، بل يجب أن تتوافق أيضا مع الشعور المكون عند جمهور الافراد عن العدالة « (١) .

ينتج مما تقدم ان القاعدة الاقتصادية أو الاخلاقية تصبح قاعدة قانونية حين يدرك جمهور الافراد المكونين لفئة معينة ان احترامها

(١) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٢٤ - ١٢٥ .

والتضامن الاجتماعي برزه ووصفه بدقة العالم الاجتماعي دركهايم في كتابه الشهير « تقسيم العمل الاجتماعي » . وقد حاول دكي عرض التضامن الاجتماعي من زاوية تختلف بعض الشيء عن دركهايم في كتابه «الدولة ، القانون الموضوعي والقانون الوضعي» ، وفي الطبعة الاولى من «المطول في القانون الدستوري» . يقول دكي : لقد اجتمع الافراد في مجتمع ويبقون مجتمعين ، لان لهم حاجات مشتركة وحاجات مختلفة ولهم في الوقت نفسه امكانيات مختلفة . وحاجات الافراد المشتركة لا يمكن ان تشبع الا بالحياة المشتركة . فالافراد يتعاونون لتحقيق حاجاتهم المشتركة وذلك بوضع امكانياتهم المتشابهة بصورة مشتركة . وهذا ما يكون العنصر الاول للحياة الاجتماعية ويسمى « التضامن بالتشابه » . لكن الافراد يملكون قدرات مختلفة وحاجات متنوعة . وهم يشبعون هذه الحاجات بتبادل الخدمات ، بحيث ان كل واحد يقدم قدراته ليشبع حاجات الآخرين ، وفي مقابل ذلك يأخذ منهم ما يحتاجه من خدمات . وهكذا يحدث في المجتمعات البشرية تقسيم عمل واسع يكون ما يسمى « التضامن بتقسيم العمل » .

واقعة التضامن الاجتماعي لا يمكن ان تنكر ، لانها تخضع للملاحظة المباشرة وبالتالي لا يمكن ان تكون موضوع جدل . لكن قد تكون الغلبة لهذا المظهر من التضامن الاجتماعي او ذاك حسب درجة تطور المجتمعات . ففي المجتمعات الحديثة يظهر بالدرجة الاولى التضامن بتقسيم العمل . بالعكس ، فان التضامن بالتشابه هو المهيمن في المجتمعات التي هي في المراحل الاولى للحضارة . الا ان التضامن الاجتماعي يبقى واقعة مستمرة ، دائما مساوية لنفسها وهي العنصر المكون لكل فئة اجتماعية .

(انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٨٥ - ٨٦) .

ضروري لبقاء التضامن الاجتماعي وانه من العدل أن يضمن هذا الاحترام عن طريق الجزاء (١) .

فالقواعد القانونية تظهر اذن بالنسبة للأفراد المكونين لفئة اجتماعية بأنها أساسية لحياة الفئة ، لأنها تحقيق للشعور بالتضامن الاجتماعي وللشعور بالعدالة . وعليه فإن تدخل القوة الاجتماعية أو استخدام الارغام المادي لضمان احترام مثل هذه القواعد سيكون طبيعيا وبالتالي شرعيا ، بحيث ان أي رد فعل اجتماعي سوف لا يحدث اذا تدخلت القوة لتمنع أو تعاقب خرق مثل هذه القواعد . الا أن هذا لا يعني ان القوة تخلق القواعد القانونية ، فالقوة ، كما يقول دكي ، لا تخلق مطلقا القانون . لكن شعور الافراد بضرورة ضمان بعض القواعد الاجتماعية يسبغ الشرعية على القوة . وعليه فإن القوة التي يقبض عليها الحكام لا تكون شرعية الا بقدر ما يكون تنظيمها واستخدامها هو من أجل ضمان القواعد الأساسية لتحقيق الحياة الاجتماعية والعدالة ، بحيث ان طاعة الحكام ستكون أحسن اذا تدخلوا بفاعلية أكبر لضمان مثل هذه القواعد (٢) .

الا أن القاعدة القانونية هي اما « قاعدة قانونية سننية Règle de droit normative » أو « قاعدة قانونية بناءة Règle de droit constructive » . والقواعد القانونية السننية هي القواعد التي توجد بحكم وجود فئة اجتماعية معينة وبحكم وجود ظاهرة التضامن الاجتماعي الملازمة لكل فئة اجتماعية . فالقواعد القانونية السننية هي ليست اذن الا قواعد القانون الموضوعي . الا أن القواعد القانونية السننية هي ، في الحقيقة ، قواعد عامة وبالتالي يجب أن تتبلور أو تتحقق في قواعد أخرى تفصيلية يضعها المشرع (الحكام) وهي القواعد القانونية البناءة . الا أن القواعد القانونية البناءة التي يصوغ بها المشرع القواعد السننية ، لا تستمد قوة الزامها ومن ثم

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(٢) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٩٣ .

قانونيتها من ارادة الحكام بل من القواعد القانونية السننية التي هي قواعد آمرة بحد ذاتها .

ولندع ، الآن ، العميد دكي يعرض لنا مفهومه لـ «السننية» من القواعد القانونية فيقول : « القاعدة القانونية السننية أو السنة القانونية بالمعنى الدقيق هي القاعدة التي تفرض على كل فرد يعيش في المجتمع ، امتناعا معيناً أو عملاً معيناً . . . والفرد يعي هذه القاعدة ، وهو وعي غير واضح الى حد ما . لكن مهما كان بدائياً ، فهو يعلم ويدرك أو على الأقل يملك الحدس بأنه اذا لم يخضع لها ، فان الفئة الاجتماعية بكليتها ستتحرك ضده وانها يمكن أن تقيم قواعد لضمان تنفيذ . . . السنة . . . (و) أسمي قواعد قانونية ببناء أو تكتيكية تلك التي أقيمت لضمان . . . احترام وتطبيق قواعد القانون السننية . فهي تنظم اجراءات ، تتخذ أحكاماً ، تحدد اختصاصات و . . . بكلمة تخلق طرق قانون لضمان احترام السنة القانونية » (١) .

وعليه فان « طرق القانون » تستلزم تدخل القابض على القوة بغية تحقيق القانون عن طريق الارغام . هذا يعني « ان القواعد القانونية البناءة تفترض وجود دولة بدائية كانت أم متطورة . وليس من الضروري . . . أن تكون مصوغة في قانون وضعي مكتوب . فكثير منها هي (قواعد) عرفية . . . (الا أن) القاعدة القانونية البناءة وان تضمنت وجود دولة ، فانها مع هذا لا تستمد منها صفتها الآمرة . . . فالقواعد البناءة تكون آمرة . . . بقدر ما تستند الى سنة قانونية تقوم بضمان تنفيذها » (٢) .

فالقاعدة القانونية البناءة لكي تكون ملزمة يجب أن توجد وراءها قاعدة قانونية سننية تقوم الاولى بضمان تطبيقها واحترامها . وعليه فالقاعدة التي تقضي : « لا تقتل انساناً ما لم تكن قد هوجمت من قبله » ، هي بذاتها قاعدة قانونية أي قاعدة قانونية سننية تفرض على كل فرد يعيش في مجتمع . فهي ليست فقط قاعدة أخلاقية ، بل هي أيضاً

(١) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٢) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٠٧ - ١٠٨ .

قاعدة قانونية . فالقاعدة التي تحرم القتل تصبح قاعدة قانونية من اللحظة التي يدرك فيها ان القوة الاجتماعية يجب أن تتحرك لاجل ضمان هذه القاعدة . فتحريم القتل هو قاعدة قانونية قبل أن تصاغ في قانون عقابي وضعي . كما ان كل الاحكام المدونة في التقنينات العقابية هي أحكام تكنيكية أو بناءة تهدف لضمان احترام السنن العقابية ، المحرمة أو الآمرة .

وفي التشريعات المدنية ، فاننا نرى قبل كل شيء قواعد قانونية بناءة تخلق وتنظم التكنيك الضروري لتنفيذ القواعد السننية ذات العدد القليل . ويقول دكي اذا أخذنا تقنين نابليون كمثال وبصرف النظر عن قانون العائلة ، فاننا نجد فيه ثلاث سنن قانونية لا غير : حرية التعاقد ، احترام الملكية ، الالتزام بتعويض الضرر المسبب للغير بخطأ . وعليه فان كل الاحكام الاخرى ، التي جاء بها القانون المدني الفرنسي ، هي ذات طبيعة تكنيكية أو بناءة وتستمد قوتها الملزمة من القواعد السننية الثلاث والتي تهدف الى ضمان تحقيقها . فأغلب القوانين الوضعية تتكون من أحكام بناءة أو تكنيكية وتفترض تنظيما سياسيا متطورا الى حد ما . وهي توجه ، في الحقيقة ، الى الحكام والى وكلائهم وملزمة لهم . وهذه القوة الملزمة للقواعد القانونية البناءة لا يمكن أن تفسر الا اذا سلمنا بأنها تستند الى قاعدة قانونية سننية (١) .

وبعد أن بين دكي مصدر أو أساس القاعدة القانونية الموضوعية (٢) ، فقد تطرق بعد ذلك الى طرق ظهور أو اقرار القانون

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٠٨ - ١١٠ .

(٢) وكما ان القاعدة القانونية او القانون الموضوعي ينظم ، كما رأينا ، حياة الفئة ، الاجتماعية اي العلاقة بين افراد هذه الفئة ، فانه من الممكن ان تنشأ علاقات بين افراد الفئات الاجتماعية المتعددة وبالتالي فانه من الممكن ، يقول دكي ، ان ينشأ قانون موضوعي ينظم العلاقة بين افراد هذه الفئات . فالتضامن الاجتماعي لا يوجد فقط بين اعضاء الفئة الاجتماعية الواحدة بل يمكن ان يوجد أيضا بين اعضاء الفئات =

الموضوعي . وهذا ما جره الى تحديد قيمة كل من العرف والقانون المكتوب .

فبالنسبة للعميد دكي ان العرف والقانون المكتوب ليسا بمصدرين للقانون وانما هما طريقتان من طرق اقرار القاعدة القانونية الموضوعية . ولاجل تحديد محمل هذه المعطية علينا ، يقول دكي ، أن نعود ثانية الى التمييز بين القواعد القانونية البناءة والقواعد القانونية السننية .

فالقاعدة القانونية السننية هي نص مانع أو آمر . أما القاعدة القانونية البناءة فانها تحدد الطريقة المستخدمة لضمان تحقيق المنع أو الامر .

فوجود القواعد القانونية البناءة يتضمن ، اذن تمييزا بين الاحكام والمحكومين . وهذه القواعد توجه فقط الى الاحكام ، بالمعنى الواسع

= الاجتماعية المتعددة . وكما ان القاعدة القانونية هي في اساسها قاعدة اقتصادية او اخلاقية شعر الافراد المكونون للفئة الاجتماعية بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرقها ، فكذلك القاعدة القانونية «الدولية» هي في اساسها قاعدة اقتصادية او اخلاقية تصبح قاعدة قانونية حين يشعر الافراد المكونون للفئات الاجتماعية بضرورة تنظيم جزاء لمن يخرقها . وعليه فالقاعدة القانونية الدولية تظهر حين يوجد الشعور عند جمهور الافراد المكونين للفئات الاجتماعية بأن قاعدة اقتصادية او اخلاقية ضرورية بالنسبة للتضامن الاجتماعي الموجود بين اعضاء هذه الفئات بحيث ان جزاء لهذه القاعدة يجب ان ينظم وانه من العدل ان ينظم مثل هذا الجزاء .

وهكذا فانه بجانب القانون الموضوعي الداخلي ، يوجد ، بالنسبة لدكي ، قانون موضوعي دولي . الا ان هذا « القانون الدولي » هو قانون ينظم العلاقة بين افراد الفئات الاجتماعية وليس العلاقة بين هذه الفئات نفسها ، لان هذه الفئات لا تملك ، كما يقول دكي ، شخصية وليس لها شعور ولا ارادة متميزة عن شخصية وشعور وارادة الافراد المكونين لها . فموضوع « القانون الدولي » اذن ، هو الافراد وليس الدول .

(انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٨٤ - ١٨٧) .

للكلمة ، أي الى كل أولئك الذين يقبضون ، في الفئة الاجتماعية ، على قوة مرغمة (١) .

واذا كان الامر كذلك ، فان القواعد القانونية العرفية لن تكون الا قواعد بناءة . « فاذا كان العرف ، يقول دكي ، يكون قاعدة ملزمة ، فليس لانها كذلك بذاتها ، أو لانها مصدر للقانون ، بل لان الاجراءات التي تنجم عن الاستعمال يكون هدفها وأثرها ضمان سنة قانونية ملزمة بذاتها فليس العرف هو الذي خلق في فترة معينة . . . السنة التي تمنع القتل أو السرقة . فقد خلق العرف فقط الاجراءات التي استخدمت لضمان هذا المنع . فلا حاجة اذن لان نبحث عن كيفية تفسير القوة القانونية الملزمة للعرف فالسؤال لا يطرح . ان العرف يخلق الوسائل التي تستخدم لضمان سنة سابقة الوجود عليه وملزمة بذاتها . فهو يغترف قوته (الملزمة) من السنة التي يضمنها . . . وهو طريقة لادراك هذه السنة (أي) طريقة لقرار القانون الموضوعي ، ليس الا « (٢) .

ويوضح دكي فكرته بالعديد من الامثلة . فيقول ان أول ظهور للقواعد القانونية العرفية كان في ميدان القانون الجنائي . فقد كان القابض على القوة يتدخل وفقا للعرف . فخلال الفترة التي كان فيها الانتقام الشخصي مباحا ، كان القابض على القوة يتدخل بغية حمايته . وحين أصبحت عقوبة الجريمة في التعويض الذي يجب أن يدفعه الفاعل للضحية أو لعائلته ، فقد كان القابضون على القوة يتدخلون لضمان دفع هذا التعويض . والامر نفسه بالنسبة للقانون المدني وخاصة بالنسبة للعقود . ففي القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم لم تكن الشكليات التعاقدية التي أوجدها العرف الا مجموعة من الاجراءات المادية التي استخدمت لتحقيق السنن التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين وتلزمهم على احترام عقودهم . وبعد أن زالت الشكليات أصبح العرف يحل محل سكوت

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٥٤ .

(٢) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٥٥ - ١٥٦ .

الاطراف المتعاقدة ويحدد مدى وعمل شروط العقد . فهو اذن قاعدة بناء فقط وبالتالي يوجه الى الوكلاء المكلفين بتحقيق القانون . فالافراد باستطاعتهم أن يقيموا اتفاقات مفصلة ، لكن اذا لم يقوموا بذلك فان القاضي ، بغية تفسير الاتفاقات ، يطبق العرف أي الاتفاقات المعمول بها عادة . فهو يفترض ان سكوت الاطراف المتعاقدة معناه رغبتهم في الرجوع الى العرف . وعليه فان العرف لا يتضمن أي أمر موجه للافراد بل هو فقط قاعدة تفسير بالنسبة للقاضي . فالعرف يقيم اذن وسائل فنية لتحقيق سنة قانونية تقضي باحترام الاتفاقات ، الا انه لا يخلق مطلقا هذه السنة ، وبالتالي فهو ليس بمصدر للقانون .

أما في ميدان القانون التجاري ، فالصفة البناء والتكنيكية للعرف تظهر بوضوح تام . فكل الاجراءات التي أقامها العرف التجاري وأقرها بعد ذلك القانون المكتوب تهدف الى تحديد الوسائل السريعة لتحقيق وضمان العلاقات التعاقدية التي تستند الى السنة التي تقضي باحترام الاتفاقات . وقد عمت هذه الاجراءات لانها ظهرت بالاستعمال عملية وسهلة ، الامر الذي حمل القاضي على الاعتراف بها وضمانها ، فاكسبت قوة ملزمة بالنسبة له فقط ، في حين لا يلزم الافراد بالرجوع اليها . وكل ما قيل سابقا عن تفسير الاتفاقات المدنية ينطبق كذلك على تفسير الاتفاقات التجارية التي يلعب العرف فيها دورا كبيرا .

وأخيرا فان الصفة البناء المحضة للعرف تظهر ببداية في ميدان القانون العام . فالعادة التي اتبعها القابضون على القوة بأن يتصرفوا وفقا لهذه الطريقة أو تلك ، لاجل ضمان قاعدة سابقة الوجود ، هي التي تقيم القاعدة التكنيكية أو العرفية . فالقاعدة العرفية لا يقيمها اذن ضمير الافراد ، لان جمهور الافراد لم يتدخل في ذلك ، بل الذي تدخل هم فئة صغيرة من القابضين على السلطة : الحكام أو وكلاؤهم . فالاجراء المستخدم من قبلهم يصبح شيئا فشيئا قاعدة قانونية لانها تهدف لضمان قاعدة نفذت عميقا في جمهور الافراد باعتبارها ضرورية للتضامن الاجتماعي وامتطابقة مع العدالة . والامثلة عديدة على ذلك يكفي أن نذكر مثل « الدلعن لتجاوز السلطة » الذي هو ليس الا اجراء تكنيكية

لضمان سنة نفذت عميقا في الضمير القانوني الحديث والتي تقضي بأنه لا يجوز اتخاذ قرار فردي الا وفقا لقاعدة سابقة الوجود عليه وذات محمل عام (١) .

أما القانون المكتوب فهو ، بالنسبة لدكي ، طريقة من طرق اقرار القانون الموضوعي . بناء عليه فان القانون المكتوب أو القانون الوضعي لا يمكن أن يكون بذاته مصدرا للقانون ، وبالتالي لا يمكن ان يكون سنة قانونية أو قاعدة قانونية سننية . فما دام القانون هو النتاج التلقائي لضمائر الافراد ، فان السنة القانونية هي هذا النتاج ولا يمكن أن تكون غير ذلك (٢) . يترتب على هذا ، ان « ٠٠٠ القانون الوضعي لا يمكن أن يدرك الا كطريقة للتعبير عن القاعدة القانونية » (و) المشرع لا يخلقها ، بل يقرها ، والقانون الوضعي لا يفرض الا بقدر ما يتمشى مع هذه القاعدة . فالطاعة ليست للقانون بصفته هذه ، بل ٠٠٠ للقانون المعبر عن سنة قانونية ٠٠٠ فالقانون (الوضعي) لا يمكن أن يكون ملزما الا اذا صاغ سنة قانونية سابقة الوجود عليه وخلقها ضمير أولئك الذين توجه اليهم » (٣) .

وعليه فمن الممكن أن لا يكون هناك تطابق بين القانون الموضوعي والقانون المكتوب أو الوضعي . فالقانون المكتوب يمكن ألا يكون القانون الموضوعي ، وبالتأكيد فهو ليس كل القانون الموضوعي (٤) .

كما انه من الممكن أيضا أن يكون النص الوضعي في تناقض ظاهر مع « الضمير القانوني » وبالتالي فانه لا يمكن أن يعتد به أي أن يقع في اندثار . وحينئذ يطرح السؤال التالي : هل يستطيع العرف أن يلغي نصا قانونيا صريحا ؟ سؤال ، يقول دكي ، مطروح بشكل مغلوط . وسبب ذلك يعود الى أن « العرف والقانون (المكتوب)

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٥٥ - ١٥٩ .

(٢) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٣) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٧١ .

(٤) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٨٣ .

ليسا . . . بذاتيهما قواعد قانونية (وبالتالي) فانه لا يمكن أن تطرح قضية الغاء أحدهما من قبل الآخر . لكن حينما يكون أكيدا . . . بأن العرف هو الذي يظهر حقيقة السنة القانونية وان النص الوضعي هو بصورة أكيدة في تناقض معها ، عندها . . . يصبح من المستحيل أن ننكر أنه يجب الاخذ بالسنة التي أظهرها العرف « (١) » .

الفرع الثاني

قيمة مذهب دكي

لا شك ان تأثير مذهب دكي على الفكر القانوني ليس له نظير في الازمنة الحديثة غير تأثير مذهب كلسن . فلم يجعل دكي من القانون بناء عقليا (كما عند أنصار مذهب القانون الطبيعي) بل علما للظواهر الاجتماعية . وهو بهذا قد خلّص القانون من كل المفاهيم التي لا تجد أساسها في التجربة والاستقراء . وقد جدد دكي مذهب القانون العام بعد أن كان يقوم على مفاهيم أثبتت عدم صحتها أو ابتعادها عن الواقع ، كفكرة السيادة والشخصية المعنوية . ولذلك فليس من قبيل التجوز القول ان القانون العام لم يعد من بعد دكي كما كان من قبله .

وبالإضافة الى نظريته عن القانون الموضوعي وما خلقه من تيار سوسيولوجي عارم في دراسة المشاكل القانونية ، فقد أغنى العميد دكي التكنيك القانوني بشكل لا مثيل له .

فنظريته عن الافعال القانونية - التي هي نتيجة لمفهومه الموضوعي للقانون - كان لها أكبر الاثر في تطوير القانون الاداري وأحكام مجلس الدولة في فرنسا .

(١) دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ١٧٦ .

فقد كانت النظرية التقليدية تعتبر ان الاثر الذي يحدثه الفعل القانوني هو نتيجة لارادة صاحب الفعل ، أي انها تصل الى ما يسمى « سلطان الارادة » . أما دكي فقد أثبت ان الارادة لا ترتب الاثر القانوني ، بل هي الشرط الاساس لتطبيق القانون .

فخضوع الفرد للقانون قد يكون مباشرا أو يتوقف على فعل قانوني معين . هذا يعني ان كيفية خضوع الفرد للقانون تتوقف على « الوضع القانوني La situation juridique » للفرد . فاما أن يكون الفرد في « وضع قانوني موضوعي » وذلك حين يحدد القانون هذا الوضع ، واما أن يكون في « وضع قانوني ذاتي » وذلك حين يحدد فعل قانوني فردي هذا الوضع .

وانطلاقا من هذا التمييز بين الاوضاع القانونية ، يصنف دكي الافعال القانونية الى ثلاثة أنواع . فالفعل القانوني الذي يخلق أو يغير أو ينهي وضعاً قانونياً موضوعياً هو « فعل قاعدي Acte règle » ، كالقانون أو النظام . والفعل القانوني الذي يخلق أو يمس وضعاً قانونياً ذاتياً ، هو « فعل ذاتي Acte-subjectif » ، كالعقد . أما الفعل القانوني الذي يكون شرطاً لتطبيق وضع قانوني موضوعي ، فهو « فعل شرطي Acte-condition » كتعيين موظف .

وقد قدمت هذه الثروة التكنيكية أكبر خدمة لعلم القانون وتبناها عدد من المشتغلين بالقانون العام حتى ممن لم يسلموا بمعطيات مذهب دكي ، وكذلك من قبل بعض كتاب القانون المدني .

لهذا فقد كان تأثير دكي كبيراً ، أولاً ، على القانون الإداري . يكفي أن نذكر ثلاثة من أعلام القانون الإداري الفرنسي الذين تمسكوا بتكنيك مدرسة بورود : جيز ، بونار ، ودلوبادير^(١) .

(١) ففي مطلع كتابه « المطول في القانون الإداري » ، يقول الأستاذ أندره دلوبادير : « هذا الكتاب هو ، في خطوطه الرئيسية ، مستوحى من الطريقة والأفكار .. التي طبقها ليثو دكي والقانونيون من انصار مدرسته على دراسة القانون العام .. وليس من قبيل المغالاة في الوفاء ان وجدنا هنا جوهر المعطيات القانونية التي سبق .. »

ثم ان تأثير دكي في مجال القانون الدستوري وعلم السياسة واضح أيضا . فأعمال مورييس دفرجه متأثرة الى حد كبير بطريقة وبمفهوم عميد بوردو للظواهر الاجتماعية . أخيرا فقد أعطى دكي « القانون الدولي » روحا جديدة أو « معنى » جديدا على حد تعبير الاستاذ جورج سل الذي استلهم الكثير من آراء وطريقة دكي في اقامه نظريته حول أسس القانون الدولي التي طرحها في « المطول » و « الوسيط » في القانون الدولي العام .

وكما لاحظ الاستاذ بريمو فان « مفهوم سل للقانون الدولي العام الذي كان تأثيره عميقا على القانون الدولي العام الوضعي وعلى الفقه ، هو رنين فكر لينو دكي في الحياة الدولية (وهو) فكر جد غني بحيث ان صداه ٠٠٠ في علم القانون الفرنسي لم يخفت لحد الآن » (١) .



الا أن « الثورة الدكية » هي ليست فقط في ميدان التكنيك القانوني وطريقة البحث ، بل بالاخص في النظرة الى أساس القانون ، بحيث ان اصالة دكي هي في فلسفته القانونية التي تقوم أساسا على نظريته حول القانون الموضوعي التي تتعرض لاكثر من انتقاد . في الحقيقة ان القواعد الاقتصادية والاخلاقية تصبح قواعد قانونية ، يقول دكي ، حينما يولد شعور عند الافراد بأن جزاء يجب أن ينظم ضد خارقي هذه القواعد ، لانها ضرورية لبقاء التضامن الاجتماعي في الفئة الاجتماعية . فالقاعدة القانونية لا يمكن التعرف عليها بوساطة محتواها فقط (بالرغم من انها تتمشى مع التضامن

= ان استخلصتها « مدرسة بوردو » بل لانها ظهرت لنا صالحة لحد الآن » .

(A. De Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif, Paris, L. G. D. J. 1953, PP. 9-10.

(١) بريمو ، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٠٨ .

الاجتماعي) بل حينما يولد شعور عند الافراد بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق هذا المحتوى . غير انه ليس من السهل معرفة متى سيتم تحويل القواعد الاخلاقية والاقتصادية الى قواعد قانونية . فمن الصعب أن نحدد بالضبط متى تنشأ أو توجد القاعدة القانونية ، وسبب ذلك يرجع الى أن العميد دكي ترك تحديد القاعدة القانونية الى شعور أو ضمائر الافراد . فعندما يكون هناك شعور عند الافراد بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق قاعدة اقتصادية أو أخلاقية ، فعند ذاك تتحول هذه القاعدة الاجتماعية الى قاعدة قانونية .

لكن هل من المستطاع تثبيت هذا الشعور من الناحية الكمية والزمنية لكي نستطيع المناداة بولادة قاعدة قانونية جديدة ؟

حقا ان دكي يقول بأن القاعدة الاجتماعية تتحول الى قاعدة قانونية في اللحظة التي يكون فيها « الشعور الاجتماعي » او « شبه الاجتماعي » للافراد بأنه من الضروري تنظيم جزاء ضد من يخرق هذه القاعدة .

الا انه اذا كان من الممكن تحديد هذا «الاجماع» فانه ليس من السهل تحديد «شبه الاجماع» . واذا امكن تحديد الاجماع وشبهه الاجماع فانه من الصعب معرفة **اللحظة** التي يولد فيها هذا الشعور الاجتماعي او شبه الاجتماعي عند الافراد .

ثم لنفرض اننا تخطينا هذه الصعوبة واستطعنا ان نحدد بدقة وجود قاعدة من قواعد القانون الموضوعي ، عندها تثار صعوبة اخرى وهي: كيف نحدد بصورة دقيقة **مضمون** هذه القاعدة؟ فالقاعدة القانونية تحتاج ، في الحقيقة ، الى ان يحدد مضمونها لكي تطبق اي يعرف مدى وكيفية خضوع الافراد لها . لكن لمن يعود امر هذا التحديد؟ بعبارة اخرى ، اية هيئة او سلطة تقوم بتحديد هذا المضمون؟ الا ان دكي لا يعطينا حلا لتجاوز هذه الصعوبة ، اذ ليس حلا ان يقال ان هذا التحديد يناط بمجموع الافراد المكونين للفئة الاجتماعية . فهؤلاء الافراد وان ولد الشعور عندهم بضرورة تنظيم جزاء لقاعدة اجتماعية

(لكي تصبح قاعدة قانونية) ، الا أنه من الصعب أو من المستحيل معرفة ارادتهم بالضبط ، اي معرفة ما يريد الرأى العام حول مضمون القانون الموضوعي .

وهذا القانون الموضوعي ، هل هو «موضوعي» حقيقة اي انه مقام على وقائع موضوعية يمكن ملاحظتها واقرارها . الا ان دكي يقيم القاعدة القانونية على شعورين يولدان في ضمائر الافراد المكونين للفئة الاجتماعية وهما : الشعور بالتضامن الاجتماعي والشعور بالعدالة . هذا يعني ان القاعدة القانونية توجد لان مضمونها يتطابق مع التضامن الاجتماعي ومع العدالة أو مع متطلبات التضامن الاجتماعي ومع العدالة . وهذا التطابق (لكي تولد القاعدة القانونية) يعيه الافراد اي يشعرون به . وعندما يشعر هؤلاء الافراد بتطابق قاعدة اجتماعية مع التضامن الاجتماعي ومع العدالة ، عند ذاك تولد في ضمائرهم ضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق أو سيخرق هذه القاعدة . وهكذا يمكن القول ان مصدر القاعدة القانونية هو في شعورين يولدان عند الافراد : الشعور بالتضامن الاجتماعي والشعور بالعدالة .

حقيقة ان الشعور بالتضامن الاجتماعي لا يولد تلقائيا او اعتباطا عند الافراد ، وانما هو انعكاس لواقعة موضوعية ملموسة وهي واقعة التضامن الاجتماعي . فهناك ، اذن ، تضامن اجتماعي فشعور او ادراك الافراد لهذا التضامن الاجتماعي . بناء عليه ، فان القاعدة القانونية تستند في مصدرها الى واقعة موضوعية وبالتالي فهي موضوعية في مصدرها . لكن اذا كان الامر كذلك بالنسبة للشعور بالتضامن الاجتماعي ، فهل هو كذلك بالنسبة للشعور بالعدالة ؟ فالشعور بالتضامن الاجتماعي هو انعكاس لواقعة موضوعية هي التضامن الاجتماعي ، لكن ما هي الواقعة الموضوعية التي سيكون الشعور بالعدالة انعكاسا لها ؟ بعبارة اخرى ، هل هناك واقعة موضوعية يكون الشعور بالعدالة انعكاسا لها ؟ هذا الشعور لا يمكن ان يكون ، في الحقيقة ، الا انعكاسا للعدالة . لكن ما العدالة؟ هي

تقييم للامور يختلف باختلاف الافراد وباختلاف الزمان والمكان . الا ان دكي يرفض ان يكون شعور العدالة انعكاسا للعدالة نفسها ويكتفي بالقول بأننا يجب ان نقر شعور العدالة الذي يحس الانسان بحاجته له . لكن «شعور العدالة» هذا ليس هو ظاهرة نفسية عند الانسان وبالتالي فهي ليست بواقعة موضوعية؟ وعليه فان القانون يجد مصدره (او احد جوانب مصدره في الحقيقة) ليس في واقعة موضوعية ، بل في ظاهرة نفسية اي ذاتية عند الانسان وهي العدالة او الشعور بالعدالة . وعند ذاك لا يمكن القول ، كما يدعي دكي ، اننا اقمنا القانون على وقائع موضوعية وبالتالي فمن الصعب الكلام عن قانون « موضوعي » . فالقانون قد اقيم ، في احد مصادره ، على الفكرة التي يكونها الافراد عن العدالة ، فهو وليد ما يفتكره الانسان لا ما يقره كواقعة موضوعية .

لكن لنمر سريعا على هذا التناقض في مذهب دكي ، فان هناك ما يبرر ذلك : فهو لم يدخل فكرة العدالة كأساس من أسس القانون الا عام ١٩٢١ أي قبل وفاته بأعوام قليلة . ولنأت على فكرة أو واقعة التضامن الاجتماعي التي تعتبر محور نظريته حول منشأ او اصل القانون .

ان العميد دكي كوضعي او مؤمن بالمنهج الوضعي في البحث يقر واقعة التضامن الاجتماعي الموجودة في كل فئة اجتماعية ويبني عليها قانونية القواعد الاجتماعية . فالقواعد الاجتماعية (أخلاقية او اقتصادية) تكون قواعد قانونية اذا تطابق مضمونها او تمشي مع متطلبات التضامن الاجتماعي . لكن هل التضامن الاجتماعي هو الواقعة الوحيدة الموجودة في الجماعات البشرية ، أم توجد بجانبها وقائع أخرى قد لا تقل أهمية وضرورة عن واقعة التضامن الاجتماعي ، كواقعة الانتقاء مثلا؟ ليست واقعة الانتقاء وبقاء الاصلح في طبيعة الاشياء ؟ فلماذا اذن ، هذا التمسك بواقعة التضامن الاجتماعي وحدها ؟ فكان على العميد دكي ان يقتصر على اقرار الوقائع ويبني على أساسها قانونية القواعد الاجتماعية ، لا ان يفضل احداها على

الآخري • فهو قد اختار ، في الحقيقة ، من بين الوقائع الاجتماعية واقعة التضامن وجعل منها أساسا للقانون ، وهذا الاختيار هو اختيار ذاتي لا يخلو من اعتبارات ميتافيزكية • حقا أن دكي يستطيع القول بأنه لا يبتدع التضامن الاجتماعي • فهو موجود ، في الواقع ، في كل الفئات الاجتماعية وأنه قد أقر واقعة التضامن الاجتماعي • لكن لماذا اقتصر في إقراره على هذه الواقعة فقط ؟ ألا توجد ، كما قلنا ، بجانبها وقائع أخرى ضرورية (بل ربما أكثر ضرورة) بالنسبة لحياة وتطور الفئة الاجتماعية ؟

ولنفرض أن التضامن الاجتماعي هو وحده موجود في الفئات الاجتماعية ، لكنه ليس الا واقعة • وبناء عليه ، من أين يأتي الالتزام بوجوب الإبقاء على التضامن الاجتماعي وتطويره بحيث أن القواعد الاجتماعية التي تتطابق مع التضامن الاجتماعي تكون قواعد قانونية ملزمة ؟ في الحقيقة لا يمكن أن يجاب أن التضامن الاجتماعي ضروري لحياة الجماعة وأن الفرد (الذي لا يمكنه العيش بدون الجماعة) يجب أن يخضع أو يتصرف وفقا لقانون الجماعة وهو التضامن الاجتماعي • فالفرد سيخضع ، حينذاك ، للتضامن الاجتماعي كما تخضع الظواهر الطبيعية للقوانين التي تحكمها ، بحيث أن ما يحكم الفرد سيكون قانونا من قوانين الطبيعة ، بالضبط كالقوانين التي تحكم الظواهر الطبيعية • إلا أن الوقائع الاجتماعية تختلف ، عن الوقائع الطبيعية ، وبالتالي فإن القوانين التي تحكم الوقائع الاجتماعية تختلف ، كما يعترف دكي^(١) ، عن القوانين التي تحكم الوقائع الطبيعية • فالقوانين الاجتماعية لا تقتصر على إقرار الوقائع والربط بينها (كما هو الحال بالنسبة للقوانين الطبيعية) بل تتضمن ما يجب أن يكون عليه تصرف الأفراد في المجتمع أي أنها تتضمن أمرا • إلا أن هذا الأمر لا تملية ، في الحقيقة ، واقعة (التضامن الاجتماعي) بل إرادة يصدر عنها هذا الأمر • وإذا كان التضامن الاجتماعي ضرورة فعلية فإنه لا يمكن أن يكون أساسا لالزام قانوني : فالضرورة الفعلية لا يمكن أن تتحول إلى ضرورة قانونية •

(١) انظر : دكي ، المطول ، ج ١ ، ص ٦٨ ، ٧٩ •

الفهرس

تمهيد ٥

الباب الاول

١٣ مذهب القانون الطبيعي

١٣ الفصل الاول - فكرة القانون الطبيعي

١٣ الفرع الاول - أساس فكرة القانون الطبيعي

١٦ أولا - أساس القانون الطبيعي عند توما الاكوينى

٢٠ ثانيا - أساس القانون الطبيعي عند كروسيوس

٢٤ الفرع الثانى - نتائج فكرة القانون الطبيعي

٢٨ الفصل الثانى - حقيقة القانون الطبيعي

٢٩ الفرع الاول - تناقضات فكرة القانون الطبيعي

٢٩ أولا - المفهوم التقليدى للقانون الطبيعي

٣٣ ثانيا - المفهوم الحديث للقانون الطبيعي

٣٨ الفرع الثانى - تفسير ظاهرة القانون الطبيعي

الباب الثانى

٤٣ مذهب القانون الوضعى

٤٤ الفصل الاول - الوضعية القانونية

٤٤ الفرع الاول - فكرة الوضعية القانونية

السعر (٧٥٠) فلساً

مطبعة وزارة العدل - بغداد

سلسلة (الثقافة القانونية)

صدر منها :

(١) استرداد المجرمين وتسليمهم في العراق

تأليف قاسم عبدالحميد الاورفلي

(٢) الشهادة ودورها في الاثبات في الدعوى الجزائية

تأليف خالد ناجي شاكر